

# **LE MISURE CAUTELARI INTERDITTIVE APPLICABILI AGLI ENTI GIURIDICI**

## **INTRODUZIONE**

### **INQUADRAMENTO SISTEMATICO**

1. Il superamento del principio <i>societas delinquere non potest</i> .	1
2. Lineamenti essenziali del sistema di responsabilità a carico degli enti secondo il d.lgs. 231/2001.	10
3. La natura della responsabilità.	15

## **CAPITOLO I**

### **IL SISTEMA DELLE CAUTELE INTERDITTIVE**

1. Caratteristiche generali e funzioni del subprocedimento cautelare.	23
2. Interdizione sanzione e interdizione cautela: una sovrapposizione discutibile.	30
3. Presupposti di applicazione delle misure cautelari interdittive.	38
3.1. Gravi indizi di responsabilità.	38
3.2. Pericolo di reiterazione del reato.	47
4. Criteri di scelta delle misure.	56
5. Il rapporto tra cautele applicabili al soggetto collettivo ed azione cautelare a carico delle persone fisiche autrici del reato presupposto.	59
6. Una misura <i>sui generis</i> : il commissariamento giudiziale dell'ente.	62

## **CAPITOLO II**

### **IL PROCEDIMENTO APPLICATIVO DELLE MISURE CAUTELARI INTERDITTIVE.**

1. La domanda cautelare del pubblico ministero.	69
2. Il giudice competente.	72
3. Il contraddittorio anticipato.	73
3.1. Funzione, caratteristiche e centralità dell'udienza camerale ex art. 47 comma 2 d.lgs. 231/2001.	73
3.2. Il ruolo dei modelli organizzativi.	84
3.3. Il problema della distribuzione dell'onere della prova.	90
3.3.1. Rispetto agli apicali.	91
3.3.2. Rispetto ai sottoposti.	103
4. Interferenze tra giudizio cautelare e giudizio di merito: regole di accertamento ed autonomia cognitiva.	108

## **CAPITOLO III**

### **VICENDE SUCCESSIVE ALL'APPLICAZIONE**

1. La sospensione delle misure cautelari e le condotte riparatorie ex art. 17 d.lgs. 231/2001.	122
2. La revoca e la sostituzione.	134
3. L'estinzione.	142

## **CAPITOLO IV**

### **LE IMPUGNAZIONI**

1. Premessa.	145
2. L'appello.	148
3. Il ricorso per Cassazione.	149
<i>Bibliografia</i>	153

## INTRODUZIONE

### INQUADRAMENTO SISTEMATICO

#### 1. Il superamento del principio *societas delinquere non potest*.

A dispetto della lingua usata per dargli voce, il principio *societas delinquere non potest* non vanta natali così vetusti.

Un corretto inquadramento storico induce a collocarne l'affermazione non prima del XVIII secolo, sicchè, con riferimento all'Europa continentale, è possibile tracciare un andamento di questo tipo<sup>1</sup>: realtà indiscussa nell'arco di tempo compreso tra il XII e il XVIII secolo<sup>2</sup>, la responsabilità penale delle *universitates* viene messa in discussione, fino ad essere radicalmente negata, a partire dalla Rivoluzione francese, in concomitanza rispetto alla crisi delle corporazioni ed al primato attribuito all'individuo nella vita sociale ed

---

<sup>1</sup> Per le ricostruzioni storiche accolte nel testo si rinvia alle approfondite pagine di MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 445, nonché AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 941.

<sup>2</sup> Fenomeni di criminalità collettiva, individuati e repressi dalle leggi del tempo, sono testimoniati tra il XII e il XIII secolo in Italia, Spagna, Germania e in alcune città del Nord Europa. Si tratta principalmente di delitti rurali, spogli e violenze per mantenere il possesso di una terra, lotte tra comuni generatrici di rapine, lesioni, omicidi, episodi di ribellione all'autorità dell'imperatore o del pontefice, eresia, simonia, delitti degli amministratori di enti ecclesiastici (per i riferimenti relativi questo periodo storico si rinvia a CHIODI, "*Delinquere uti universi*". *Scienza giuridica e responsabilità penale delle Universitates tra XII e XIII secolo*, in *Studi di storia del diritto*, III, 2001, p. 91 ss.; MICHAUD-QUANTIN, *Universitas, Expression du Mouvement Communautaire dans le Moyen-Age Latin*, 1970, p. 328 e nota 4).

Tra il XIV e il XV secolo a delinquere *uti universi* sono soprattutto i comuni; negli statuti comunali italiani si rinvencono diverse tipologie delittuose: delitti contro l'ordine pubblico cittadino come gli assembramenti, delitti politici (costituzione non autorizzata di sette, associazioni, leghe; stipulazione non autorizzata di paci; usurpazione della giurisdizione cittadina; violazione di regole elettorali; spedizioni armate contro un'altra comunità; ribellione, imposizione illegittima di dazi ); ma anche omissioni relative al mantenimento in buono stato dei comuni stessi (crf. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del sec. XVIII*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di Pessina, 1906, p. 94 ed ancora CHIODI, "*Delinquere uti universi*", cit., p. 128 ss.)

Quanto alle sanzioni, il quadro era assai variegato: si andava dalle sanzioni pecuniarie, tra cui dominava la confisca, alla soppressione di privilegi, all'interdizione che comportava la perdita di capacità per il comune, fino ad arrivare alla morte civile, ovvero alla distruzione della città. Non mancavano, altresì, pene più cruente quali prese di ostaggi o esecuzioni di massa.

economica<sup>3</sup>. Nei due secoli successivi l'assunto dell'irresponsabilità penale delle persone giuridiche domina incontrastato in tutti i sistemi di *civil law* che lo innalzano alla stregua di un dogma scaturente dai principi fondanti il diritto criminale<sup>4</sup>. Infatti, quando nel corso dell'Ottocento gli enti collettivi tornano alla ribalta della scena giuridica, è un argomento di stampo dogmatico ad escluderne la capacità di delinquere e, di conseguenza, l'attitudine ad essere destinatari di sanzioni criminali. Si fa appello, cioè, alla teoria finzionistica per ritenere le persone giuridiche, in quanto prive di autonoma capacità volitiva, strutturalmente incompatibili con le categorie concettuali penalistiche<sup>5</sup>. Si dovrà attendere il secondo decennio del secolo scorso per assistere ad un rinnovato movimento culturale che porterà quasi tutti i paesi dell'Europa continentale a fare i conti con un principio sempre più inadeguato rispetto alla realtà socio economica del tempo. Da quel momento in poi, il riconoscimento di una diretta responsabilità penale in capo ai soggetti collettivi passa necessariamente attraverso il faticoso cammino di superamento di quel dogma.

Inevitabilmente, questo percorso va ad intersecarsi con le vicende storico-politiche dei singoli paesi. Infatti, sebbene sovente siano state accampate pretese ragioni ontologiche, sono in realtà le necessità politiche che portano l'ordinamento alla punizione o meno delle società<sup>6</sup>. Alla luce di questa convinzione, si è cercato di dimostrare che non esistono ostacoli di carattere logico-sistematico insuperabili al riconoscimento della responsabilità penale degli enti, ma tale riconoscimento dipende esclusivamente da scelte di politica criminale.

In Italia troviamo ampi riscontri dell'influenza che le vicende storico-politiche hanno esercitato sulla questione della responsabilità degli enti, ma il nostro paese è al contempo quello in cui maggiore è stato il peso dello scoglio dogmatico.

---

<sup>3</sup> Cfr. LONGHI, *La persona giuridica come soggetto di responsabilità penale*, in *Riv. pen.*, 1906, p. 403.

<sup>4</sup> Ascrive il principio nel novero dei dogmi di matrice illuministica – riprendendo l'impostazione di GROSSI che invita a demitizzare le certezze assiomatiche prodotte dalla cultura giuridica moderna (cfr. GROSSI, *Miti giuridici della modernità*, Milano, 2001) – AMARELLI, *Mito giuridico*, cit., p. 941 s.

<sup>5</sup> Come noto, la teoria finzionistica fu elaborata per primo da VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen rechts*, Berlin, 1840; per la traduzione italiana si veda SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, II, Roma-Napoli, 1988, p. 240 ss. Sul punto si tornerà nel prosieguo della trattazione.

<sup>6</sup> Così MARINUCCI, *Il reato come azione*, Milano, 1970, p. 175, più di recente l'Autore ribadisce questo assunto in *La responsabilità penale*, cit., p. 445 s., richiamando le argomentazioni di HEINTZ, in *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages*. Bd. I (Guteachen), 1953, p. 67, il quale dimostra l'importanza dell'indagine storica in materia di responsabilità penale dei soggetti collettivi.

Il peculiare sviluppo storico<sup>7</sup> che il problema ha avuto nel nostro sistema dimostra come la responsabilità penale dei soggetti collettivi è stata sbandierata di volta in volta a favore di questa o di quella esigenza politica, con il risultato di conferire allo strumento giuridico una evidente ambivalenza<sup>8</sup>.

Nel corso della seconda metà dell'Ottocento, l'istituto, al quale si è cercato di conferire veste normativa<sup>9</sup>, ha costituito oggetto di un vivace dibattito, sfociato in una sostanziale legittimazione, fondata sul riconoscimento della libertà di associazione. Nel secolo successivo, invece, la deriva autoritaria porta ad impiegare quello stesso strumento come mezzo di soppressione della libertà associativa, in particolare al fine di colpire determinate formazioni sociali, fra cui in special modo i sindacati<sup>10</sup>.

Divenuta superflua per effetto del meccanismo di controllo delle associazioni messo in piedi dal regime fascista, la responsabilità penale delle *universitates* è rimasta a lungo nell'ombra anche dopo il ripristino del sistema democratico, probabilmente in ragione del timore che potesse nuovamente costituire strumento di controllo della recuperata libertà di associazione<sup>11</sup>. Il tema torna in auge quando il fenomeno associativo acquisisce dimensioni tali da rendere opportuno – e ben presto improrogabile – escogitare rimedi adeguati per fronteggiare quelle forme di criminalità che vedono protagonisti i soggetti collettivi.

Ma, a questo punto, il dato storico-politico si intreccia inevitabilmente con quello dogmatico, perché nel nostro sistema il percorso di superamento del

---

<sup>7</sup> Anche in Italia, prima dell'Illuminismo, la responsabilità penale delle *universitates* veniva largamente riconosciuta. Oltre a trovarne traccia già a partire dalla Costituzione siciliana federiciana, nel XV secolo la materia riceve una sistemazione dogmatica grazie agli studi di Bartolo da Sassoferrato, la cui importanza risiede nel fatto di aver negato la presunta incompatibilità tra la natura artificiale del soggetto collettivo e la capacità di delinquere, sfruttando le potenzialità insite nell'analogia con la persona. Sul pensiero di Bartolo da Sassoferrato, si rimanda a LONGHI, *La persona giuridica*, cit., p. 403; MESTICA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*; Roma, 1933, p. 50 ss.; D'URSO *Persona giuridica e responsabilità penale. Note storico-giuridiche a proposito di recenti riforme*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 29, Milano, 2000, p. 543; AMARELLI, «Crisi» del diritto penale societario e prospettive di riforma: la responsabilità penale delle persone giuridiche, in AMARELLI- D'ALESSANDRO-DE VITA, *Il nuovo sistema sanzionatorio del diritto penale dell'economia: decriminalizzazione e problemi di effettività*, a cura di De Vita, Napoli, 2002, p. 161 ss.

<sup>8</sup> Così PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1976, p. 420 ss.

<sup>9</sup> Il progetto Rattazzi, presentato il 3 giugno 1862, cercò di riconoscere le associazioni come soggetti autonomi di diritto penale, ma fu fortemente criticato per la confusione operata tra responsabilità individuale e collettiva.

<sup>10</sup> Vd, in proposito, DE MARSICO, *La difesa sociale contro le nuove forme di delitto collettivo*, in *Studi di diritto penale*, 1930, Napoli, s.d., p. 63 ss.

<sup>11</sup> PALAZZO, *Associazioni illecite*, cit., p. 422.

principio *societas delinquere non potest*, successivo all'emanazione della Carta costituzionale si troverà a fare i conti con un ostacolo da molti e per lungo tempo considerato insormontabile: il principio di personalità della responsabilità penale, in special modo nell'interpretazione allargata che la Corte costituzionale ha fornito dell'art. 27 comma 1 Cost.

La letteratura sulle implicazioni della citata norma<sup>12</sup>, ed in particolare sulla preclusione che la stessa opporrebbe al riconoscimento della responsabilità penale in capo agli enti, è vastissima e non se ne può dar conto in questa sede. Valgano alcune brevi ed imprescindibili considerazioni.

Nell'accezione minima di divieto di responsabilità per fatto altrui, il principio trasfuso nella norma costituzionale determina attriti, rispetto al riconoscimento della capacità di delinquere *uti universi*, da molti considerati superabili.

La teoria dell'immedesimazione organica<sup>13</sup>, così come consente l'attribuzione al soggetto collettivo dell'agire lecito dei propri dirigenti ed amministratori, fa sì che il reato commesso da questi ultimi possa essere imputato direttamente all'ente. Anzi, a detta di alcuni, per fondare tale assunto non è necessario ricorrere a «discutibili» concezioni dogmatiche, poiché la conclusione discende da ragioni di coerenza dell'ordinamento giuridico<sup>14</sup>. Il ragionamento è piuttosto lineare: nel momento in cui si costruisce l'ente collettivo quale soggetto autonomo dell'ordinamento, capace di agire e suscettibile di essere titolare di diritti e doveri, appare del tutto logico che a quel soggetto possano essere ascritti tanto comportamenti leciti quanto condotte illecite. Riconoscere i soggetti collettivi come protagonisti del sistema giuridico per poi ritagliare loro una zona d'immunità dal diritto penale si tradurrebbe in un ingiustificabile privilegio<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Vd., per tutti, ALESSANDRI, *sub Art. 27 comma 1 Cost.*, in *Commentario della Costituzione, Rapporti civili*, Bologna- Roma, 1991, p. 1 s.; GROSSO, voce "Responsabilità penale" in *Novissimo dig. it.*, XV, 1968, Torino, p. 710 s.

Si segnala che il principio una recente decisa riaffermazione nell'ultimo progetto di riforma del codice penale (il testo si può consultare sulla rivista on-line [ius17@unibo.it](mailto:ius17@unibo.it)), ove se ne ribadiscono l'assoluta imprescindibilità e l'incontestabile portata garantista.

<sup>13</sup> Per l'analisi di questa teoria, che ebbe per antesignani i tedeschi von Beseler e von Gierke, si veda ORESTANO, *Il problema delle «persone giuridiche» in diritto romano*, Torino, 1968, p. 26 s.

<sup>14</sup> PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, Milano, agg. 2000, p. 956.

<sup>15</sup> PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa*, cit., p. 956. Sostengono la compatibilità della responsabilità penale degli enti rispetto all'art. 27 comma 1 cost., inteso nel suo significato minimo, BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 956 s.; DE FARIA COSTA, *Contributo per una legittimazione della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1246; TIEDEMANN, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 625; ALESSANDRI, *Note*

Del resto, per usare categorie penalistiche, la circostanza che l'illecito dell'amministratore possa essere compiuto in attuazione della volontà sociale rende la responsabilità penale della società tanto poco in contrasto con l'art. 27 comma 1 Cost. quanto lo è la responsabilità dell'istigatore per il fatto materialmente realizzato dall'istigato<sup>16</sup>. Inoltre, anche senza far ricorso alla teoria dell'immedesimazione organica, i moderni studi in tema di organizzazione aziendale designano l'azienda come un «organismo vitale» le cui decisioni costituiscono il frutto della volontà dell'ente e non già dei singoli autori<sup>17</sup>.

La principale obiezione a questa teoria – cioè quella per cui in tal modo si andrebbero a colpire anche i soci innocenti, completamente estranei rispetto all'illecito - viene generalmente superata facendo appello alla teoria del rischio<sup>18</sup>. Ma, anche senza ricorrere a quest'ultima, che comunque avrebbe un'efficacia limitata alle società commerciali, è sufficiente evidenziare come ogni sanzione penale, pecuniaria e non, presenti margini di influenza indiretta su soggetti estranei alla commissione del reato<sup>19</sup>. D'altro canto, l'obiezione in parola può essere facilmente rovesciata ove si rifletta sul fatto che colpire solo gli autori materiali del reato non consente di punire coloro che hanno ideato, promosso,

---

*penalistiche sulla nuova responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen.*, 2002, p. 43.

*Contra* GROSSO, voce *Responsabilità penale*, cit., p. 712, secondo il quale la soluzione di un problema interpretativo di diritto penale non può farsi dipendere dall'adesione preventiva ad una piuttosto che ad un'altra teoria, inoltre l'attribuzione di responsabilità alla persona giuridica esenterebbe la persona fisica dalla punibilità per ciò che ha materialmente commesso. PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi. La responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, a cura di De Francesco, Torino, 2001, p. 17 s.; L'Autore, rifacendosi ai classici studi di Floriano d'Alessandro - in base ai quali ogni proposizione il cui soggetto sia una persona giuridica postula una "riduzione" in una proposizione diversa il cui soggetto sia una persona fisica - ritiene che, mentre le conseguenze di natura non penale dell'inosservanza di una data norma, una volta individuato il responsabile della violazione, ricadono sull'ente in virtù dell'immedesimazione organica; le conseguenze penali non possono che investire la persona fisica autrice della violazione, pena la scissione tra soggetto dell'obbligo e destinatario delle conseguenze, cioè la responsabilità per fatto altrui. Cfr., altresì, ROMANO, *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1036; ID, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 2° ediz., Milano, 1995, art. 42/9 ss., il quale ricostruisce un concetto penale-costituzionale di azione come comportamento propriamente *umano*, tendenzialmente incompatibile con una responsabilità penale diretta di società o enti.

<sup>16</sup> Così, testualmente, BRICOLA, *Il costo del principio*, cit., p. 956.

<sup>17</sup> Così BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Atti del Convegno di Firenze (15-16 marzo 2002), a cura di Palazzo, Padova, 2003, p. 35.

<sup>18</sup> Cfr. KREMNIETZER, *Die Strafbarkeit von Unternehmen*, in *ZStW*, 2001, p. 551.

<sup>19</sup> BRICOLA, *Il costo del principio*, cit., p. 959, il quale si premura comunque di prospettare possibili rimedi per i soci estranei, come ad esempio il rimborso, sulla scia del modello francese; PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa*, cit., p. 956, secondo cui l'incidenza sul socio innocente costituisce un risvolto fattuale che sta fuori dalla portata del principio di responsabilità personale.

imposto la commissione dell'illecito e che ne sono responsabili quanto e più degli autori materiali<sup>20</sup>.

Decisamente più arduo superare l'ostacolo derivante dall'art. 27 comma 1 Cost, ove lo si intenda, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale<sup>21</sup> e l'interpretazione ormai pacifica della dottrina<sup>22</sup>, quale trasposizione costituzionale del principio *nulla poena sine culpa*. Molti, anche tra coloro che equiparano sul piano oggettivo l'agire della persona fisica e quello dell'ente<sup>23</sup>, si arrestano di fronte al coefficiente della volontà colpevole.

Innanzitutto, viene messa in rilievo l'impossibilità di attribuire all'ente atteggiamenti psicologici riconducibili al dominio della volontà, effettiva o potenziale<sup>24</sup>. Tuttavia, è questa una pregiudiziale superabile attraverso diverse argomentazioni: c'è chi propugna un'imputazione sostanzialmente oggettiva in capo alla persona giuridica<sup>25</sup>; chi ritiene il principio costituzionale come diretto a disciplinare unicamente la responsabilità penale delle persone fisiche ma non contenente, neanche in via indiretta, un divieto di responsabilità degli enti collettivi, e ricorre alla teoria dell'identificazione, in base alla quale la colpevolezza della persona giuridica coincide con quella della persona fisica<sup>26</sup>; o ancora chi propone interpretazioni evolutive dell'art. 27 comma 1 Cost. che, sganciato da un fondamento naturalistico-antropomorfo, poggi su basi

<sup>20</sup> Così PALAZZO, *Associazioni illecite*, cit., p. 439 s.

<sup>21</sup> Il riferimento è alle note sentenze nn. 364 e 1085 del 1988.

<sup>22</sup> Antecedentemente all'insegnamento costituzionale, interpretavano l'art. 27 comma 1 Cost. nel suo significato minimo BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I: *Nozioni ed aspetti costituzionali*, 1965, p. 87 ss; VASSALLI, *Sulla illegittimità costituzionale dell'art. 57, n. 1*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 217 ss.

<sup>23</sup> BRICOLA, *Il costo del principio*, cit., p. 1011 s., ID, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in AA.VV., *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, a cura di DE ACUTIS-PALOMBARINI, Padova, 1984, p. 73 ss.

<sup>24</sup> Già in epoca risalente, ritenevano invece la persona collettiva capace di una vera e propria volontà sociale autonoma rispetto a quella dei singoli, in grado di compiere reati sia dolosi che colposi, DE MARSICO, *La difesa sociale*, cit., p. 83; PECORELLA, *Societas delinquere non potest*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, IV, p. 367; considera la volontà sociale non un mito né una finzione, ma una consistente realtà PALAZZO, *Associazioni illecite*, p. 440.

<sup>25</sup> Così CASTELLANA, *Diritto penale dell'Unione europea e principio «societas delinquere non potest»*, in *Riv. trim. dir. proc. pen. econ.*, 1996, p. 790. Evidenziano il rischio che una tale chiave di lettura possa riflettere i suoi effetti negativi anche sulla colpevolezza individuale del singolo PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 1191; FLORA, *L'attualità del principio «societas delinquere non potest»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 18; VOLK, *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli, 1998, p. 175 ss.; GUERNELLI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo interno dopo il d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231, (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2002, p. 441.

<sup>26</sup> DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 21. In ordine alle diverse concezioni della colpevolezza, cfr. SANTAMARIA, voce *Colpevolezza*, in *Enc. dir.*, Milano, p. 646.



esclusivamente normative<sup>27</sup>, in modo da svincolare la colpevolezza da quei connotati etici<sup>28</sup> e psicologici che fanno dell'uomo il suo unico referente<sup>29</sup>.

Il quadro risulta però complicato dall'interpretazione sistematica che la Corte costituzionale ha fornito dell'art. 27 comma 1, da leggersi in collegamento con il terzo comma della stessa norma a suggello della finalità rieducativa della pena<sup>30</sup>. Infatti, è opinione diffusa quella per cui sarebbe la funzione rieducativa della sanzione criminale a rappresentare il vero ostacolo insormontabile per il riconoscimento della responsabilità penale – il cui sbocco naturale è l'applicazione della pena - in capo alle persone giuridiche.

E tuttavia proprio la dimensione risocializzante – da intendersi secondo un'accezione compatibile con le peculiarità del soggetto collettivo – percorre come un filo conduttore l'intero impianto del d.lgs. 231/2001, con cui è stata finalmente introdotta anche nel nostro sistema una responsabilità punitiva diretta delle persone giuridiche.

Vediamo se e come si conciliano i due dati.

In sostanza, una pena che deve mirare alla rieducazione del reo si considera radicalmente incompatibile rispetto al soggetto collettivo, poiché presuppone una

---

<sup>27</sup> PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri potest: la fine tradiva di un dogma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 582; MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 505.

Esemplare l'esperienza spagnola, dove nonostante la cosituationalizzazione del principio di colpevolezza, il Tribunale costituzionale ha affermato la compatibilità rispetto a quest'ultimo, della responsabilità penale-amministrativa degli enti (sent. 246/1991), sostenendo che la colpevolezza per le persone giuridiche debba essere intesa diversamente che per le persone fisiche e vada individuata nel fatto di non stimolare il rigoroso adempimento delle misure di sicurezza da parte dei dipendenti; sul punto ARROYO ZAPATERO, *Persone giuridiche e responsabilità penale in Spagna*, in AA. VV., *Societas puniri potest*, cit., p. 182 s.; per un'analisi completa del sistema spagnolo di responsabilità degli enti si rinvia a BACIGALUPO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998).

<sup>28</sup> La visione esasperatamente eticizzante della responsabilità penale è criticata da più parti: già BRICOLA, *Il costo del principio*, cit., p. 961; PALAZZO, *Associazioni illecite*, cit., p. 440; di recente, con gran vigore, PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2005, p. 177 ss.

<sup>29</sup> A chi sostiene che anche la concezione normativa della colpevolezza presuppone dei coefficienti psicologici (così ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Napoli, 2001, p. 47; ROMANO, *Societas delinquere*, cit., p. 1036) altri (PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., p. 188, nt. 42) replicano ricordando l'esistenza di forme di colpevolezza prive di sostrato psicologico, quali la colpa incosciente nonché di forme di normativizzazione del dolo (su quest'ultimo aspetto si rimanda a CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano, 1999, p. 55 ss.)

<sup>30</sup> Il collegamento è evidente: in mancanza di un legame psicologico tra fatto di reato ed il suo autore, questi non percepirebbe la ragione per cui gli viene inflitta la pena, che non potrebbe dunque spiegare nei suoi confronti alcuna efficacia risocializzante, né potrebbe realizzare finalità general-preventive, non essendo in grado di orientare culturalmente i consociati, così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001, p. 268.

persona in carne ed ossa sulla cui personalità poter incidere<sup>31</sup>. In altri termini, se – come visto - le speculazioni dottrinali si sono spinte fino al superamento dell'ostacolo rappresentato dal principio della responsabilità penale personale - tanto nel suo significato minimo, e persino in quello più profondo di responsabilità colpevole - di fronte al fine rieducativo che la Carta fondamentale attribuisce alla pena, ci si arrende. L'art 27 comma 3 Cost. ha avuto storicamente, e continua ad avere, come suo destinatario naturale la persona fisica e se il diritto penale è quello che applica la pena, l'ente collettivo non può figurare tra i suoi soggetti attivi.

A queste argomentazioni si aggiunge una considerazione di carattere più strettamente pratico: la pena non potrebbe esplicare alcun effetto rieducativo nei confronti dell'ente anche in virtù della strutturale mutevolezza della sua compagine sociale che, accentuata dai lunghi tempi del processo penale, ne neutralizzerebbe ogni possibilità di successo<sup>32</sup>.

Non si può negare validità alle conclusioni appena riportate, ciò che lascia perplessi, tuttavia, è l'assolutezza con la quale si esclude che il finalismo rieducativo possa attagliarsi – con i dovuti adeguamenti - ai soggetti collettivi, nonchè la pervicacia con cui si continua a considerare il diritto penale avviluppato ad una visione antropocentrica, insensibile alle nuove istanze criminologiche.

L'unica radicale incompatibilità sussiste tra ente e pena detentiva, ma ciò non comporta conseguenza alcuna sul versante rieducativo, dal momento che esistono sanzioni ben più efficaci, sotto questo profilo, della pena privativa della libertà personale.

Ciò posto, sembra cogliere nel segno quella suggestiva ricostruzione per cui proprio nei confronti dell'impresa il finalismo rieducativo della pena può trovare la sua massima esplicazione, in quanto «il diritto penale può dare sfogo a tutte le pretese di rimodellamento e di riformulazione della struttura; può ricostruire una “persona nuova” modificandone il carattere e reimpostandone la condotta di vita». Questo perché «non essendoci un corpo da straziare e un animo da

---

<sup>31</sup> In questi termini ALESSANDRI, *Note penalistiche*, cit., p. 44 ss. Nello stesso senso AMARELLI, *Mito giuridico*, cit., p. 984 s; MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d. lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 888, CARMONA; *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia. Mercato, regole e controllo penale nella postmodernità*, Padova, 2002, p. 202; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 141.

<sup>32</sup> ALESSANDRI, *Note penalistiche*, cit., p. 44; CARMONA, *Premesse*, cit., p. 204.

umiliare, la pena inflitta all'impresa può permettersi quell'invasione e quella pervasività che il diritto penale moderno, rispettoso della dignità umana, respinge con forza quando il destinatario sia la persona fisica»<sup>33</sup>.

V'è poi chi non solo ritiene compatibili, rispetto agli enti, trattamenti rieducativi, ma ne individua anche un fondamento costituzionale distinto dall'art. 27 comma 3, che varrebbe solo per le persone fisiche. La norma di riferimento sarebbe l'art. 41 comma 3 Cost., che consente di intervenire sui soggetti operanti nel settore dell'economia privata responsabili di illeciti attinenti alla gestione economica o alla tutela della sicurezza, libertà e dignità umana (art. 42 comma 1 Cost.) al fine di indirizzare e coordinare la gestione economica stessa a fini sociali<sup>34</sup>.

Infine, una visione pervicacemente antropomorfa della finalità rieducativa, come tale inattuabile rispetto agli enti, ignora i risultati dei moderni studi in tema di criminalità d'impresa<sup>35</sup> ed organizzazione aziendale<sup>36</sup> secondo i quali l'illecito aziendale matura da una cultura d'impresa che presenta una dimensione razionale e non episodica e che sopravvive ai soggetti che compongono il tessuto aziendale<sup>37</sup>. Quest'ultimo dato, peraltro, consente di neutralizzare l'obiezione, sopra evidenziata, per cui la strutturale mutevolezza dell'organigramma aziendale impedirebbe l'efficace esplicarsi del fine rieducativo, poiché, nel momento in cui si considera l'illecito come il frutto della cultura aziendale, la devianza trascende i singoli componenti che si succedono all'interno dell'impresa stessa. Inoltre, sotto l'opposto versante e avendo a mente il sistema delineato dal d.lgs. 231/2001, bisogna evidenziare che proprio la

<sup>33</sup> DE MAGLIE, *L'etica e il mercato, la responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 377.

<sup>34</sup> La ricostruzione è di PALAZZO, *Associazioni illecite*, cit., p. 441, il quale esclude però la compatibilità costituzionale di trattamenti rieducativi rispetto agli illeciti delle associazioni, perché questi andrebbero ad interferire con il tessuto ideologico delle stesse e, dunque, sulla stessa libertà di associazione. Sull'idoneità della pena a svolgere una funzione rieducativa anche nei confronti degli enti cfr. anche DOLCINI, *Principi costituzionali*, cit., p. 23; TIEDEMANN, *La responsabilità penale*, cit., p. 629 ss.

<sup>35</sup> Vd, tra tutti, STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, p. 459, il quale conduce un'interessante analisi sulle caratteristiche della criminalità d'impresa e sui possibili rimedi per fronteggiarla, escludendo l'efficacia di una punizione che colpisca esclusivamente gli autori materiali dell'illecito e caldeggiando la necessità di adottare strumenti che contrastino la criminalità dall'interno delle società; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 355 ss., la quale si spinge oltre il modello di "colpa di organizzazione" – che sarà adottato anche dal d.lgs. 231/2001 – per individuare ben altre tre forme di responsabilità: a) la colpevolezza che deriva dalle scelte di politica di impresa, b) la colpevolezza derivante da una cultura d'impresa, c) la colpevolezza di relazione.

<sup>36</sup> Per un approfondimento in materia si rinvia agli studi di BASTIA, *Implicazioni*, cit.; GRANT, *L'analisi strategica delle decisioni aziendali*, Bologna, 1999; BONAZZI, *Dire, fare, pensare. Decisioni e creazioni di senso nelle organizzazioni*, F. Angeli, 1999.

<sup>37</sup> Così PIERGALLINI, *Apparato sanzionatorio*, cit., p. 189.

rimozione dei soggetti resisi materialmente responsabili del reato da cui dipende la responsabilità dell'ente sta a rappresentare un segnale del buon esito del piano rieducativo. Infatti la rimozione degli organi coinvolti nell'attività criminosa è considerato quale indice di ravvedimento dell'ente che scongiura la possibile reiterazione degli illeciti<sup>38</sup>.

In definitiva, una cultura d'impresa proiettata verso l'illegalità si ritiene possa essere contrastata oltre che con sanzioni atte a neutralizzare la fonte di rischio, come le sanzioni interdittive, anche con sanzioni di tipo conformativo votate all'obiettivo della risocializzazione, intesa come riconduzione entro i binari della legalità<sup>39</sup>.

A conclusione di questa breve rassegna sulle ragioni del principio *societas delinquere non potest* e sul faticoso cammino verso il suo superamento, si può sostenere come, in realtà, non esistano ostacoli logici al riconoscimento di una responsabilità propriamente penale in capo ai soggetti collettivi, né pregiudiziali di matrice costituzionale, se si accetta di interpretare il disposto di cui all'art. 27 Cost. secondo una lettura evolutiva, svincolata da un'impronta antropocentrica che lo rende impermeabile alle persone giuridiche<sup>40</sup>.

## **2. Lineamenti essenziali del sistema di responsabilità a carico degli enti secondo il d.lgs. 231/2001.**

Le tensioni che hanno agitato la dottrina, e successivamente anche il legislatore<sup>41</sup>, nello sforzo di fronteggiare con mezzi efficaci le nuove istanze criminologiche di matrice economico-imprenditoriale, senza però sconfessare l'impianto del nostro sistema penale, si possono cogliere, in modo evidente, nella normativa che ha

---

<sup>38</sup> E' quanto stabilito dalla Suprema Corte in due delle sue prime pronunce in materia di responsabilità degli enti: sez. VI, 23 giugno 2006, n. 32626, Duemila; sez. VI, 23 giugno 2006, n. 32627, La Fiorita. Sul punto si rinvia al cap. I, par. 3.2.

<sup>39</sup> PIERGALLINI, *Apparato sanzionatorio*, cit., p. 189.

<sup>40</sup> Considerano la responsabilità penale degli enti tuttora incompatibile con la Costituzione: ROMANO, *Societas delinquere*, cit., p. 1036 e AMARELLI, *Mito giuridico*, cit., p. 987 ss, secondo i quali l'unica soluzione alle pur improcrastinabili esigenze di fronteggiare la sempre più diffusa criminalità d'impresa è quella di modificare la Carta fondamentale al fine di predisporre un modello autonomo e parallelo di colpevolezza, valido solo per le persone giuridiche.

<sup>41</sup> Prima del d.lgs. 231/2001, attuativo della legge delega n. 300/2000, la responsabilità diretta in capo agli enti era stata già stata inserita nel Progetto di riforma del codice penale presieduto dalla Commissione Grosso. L'articolato (cfr. art. 24) non prendeva posizione circa la natura della responsabilità, tuttavia la collocazione sistematica costituiva più di un indizio a favore della natura penale.

finalmente introdotto anche in Italia - con ritardo rispetto a molti altri paesi europei e dopo che le sollecitazioni di carattere comunitario erano divenute improcrastinabili<sup>42</sup> – una forma di responsabilità punitiva diretta in capo agli enti collettivi.

Il decreto legislativo n. 231 del 2001, infatti, nasce sotto la cattiva stella di una latente ambiguità perché, pur definendo la responsabilità degli enti come amministrativa – anche se la denominazione è già di per se stessa un ibrido, trattandosi di “responsabilità per illeciti amministrativi dipendenti da reato” – costruisce una disciplina di chiaro stampo penalistico. Di qui la *vexata quaestio* sulla reale natura della responsabilità<sup>43</sup>.

Il decreto delinea un sistema completo, comprensivo di una parte sostanziale ed una processuale, ponendosi alla stregua di un microcodice della responsabilità degli enti. Nel corso del presente lavoro, si approfondiranno quegli aspetti della disciplina che assumono rilevanza in relazione al tema specifico delle misure cautelari, in questa sede ci si limiterà a brevissimi cenni sui tratti essenziali del nuovo impianto normativo.

L'ambito di applicazione soggettiva è esteso a tutti gli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica. Sono esclusi lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

L'illecito ascritto al soggetto collettivo presenta una struttura complessa il cui schema di base si può riassumere in questi termini: l'ente risponde in via diretta, a titolo di illecito amministrativo, del reato commesso da soggetti inseriti nel proprio organigramma. Nel dettaglio, dal punto di vista oggettivo, si richiede la consumazione, nell'interesse e a vantaggio dell'ente, di un reato tra quelli espressamente contemplati dal decreto<sup>44</sup>, da parte di persone che rivestono una

---

<sup>42</sup> Il riferimento è alla Convenzione OCSE stipulata a Parigi il 17 dicembre 1997 e dal Secondo Protocollo sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità Europee del 27 giugno 1997.

<sup>43</sup> Vd. *infra*, par. 3.

<sup>44</sup> Il catalogo dei reati presupposto, dall'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001 fino ad oggi, è venuto progressivamente ampliandosi e l'ascesa non sembra destinata ad arrestarsi. Ad un nucleo minimo di fattispecie, che costituiscono diretta espressione della criminalità d'impresa [indebita percezione di erogazioni, truffa ai danni dello Stato o di un ente pubblico o per il perseguimento di erogazioni pubbliche, frode informatica in danno dello Stato o di un altro ente pubblico (art. 24 c.p.); concussione corruzione (art. 25)], si sono aggiunti i reati di falsità in monete, in carte di pubblico credito e in valori di bollo (art. 25 *bis*, introdotto dal d.l. 25 settembre 2001, n. 350, conv. con mod. dalla l. 23 novembre 2001, n. 409); reati societari (art. 25 *ter*, inserito dal d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61); delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (art. 25 *quater*, inserito dalla l. 14 gennaio 2003, n. 7); pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 25 *quater* 1, introdotto dalla l. 9 gennaio 2006, n. 7 che ha inserito nel codice penale l'art. 583 *bis*, rendendo penalmente rilevante la relativa

posizione apicale di diritto (rappresentanza, amministrazione o direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale) o anche di fatto, oppure da parte di soggetti sottoposti alla direzione o vigilanza di questi ultimi (art. 5 comma 1). Non si configura la responsabilità in capo all'ente se la persona fisica abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi (art. 5 comma 2).

Sul piano soggettivo, i criteri di imputazione si differenziano a seconda che il reato presupposto sia stato realizzato da soggetti di vertice oppure da subordinati. Nel primo caso, l'accertamento dei requisiti oggettivi sopra indicati è sufficiente a far scattare la responsabilità del soggetto collettivo il quale, però, può evitare di incorrervi se prova di aver adottato ed efficacemente attuato *ante delictum* modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi; ma ciò non basta, per liberarsi l'ente deve altresì dimostrare che il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del modello sia stato affidato ad un organismo di vigilanza dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo; che non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte di quest'ultimo e perfino che la persona fisica abbia commesso il reato eludendo fraudolentemente il modello (art. 6)<sup>45</sup>. Nella seconda ipotesi, l'ente risponde - secondo il parametro tipico della colpa di organizzazione - se il reato

---

condotta); delitti contro la personalità individuale (art. 25 *quinquies*, introdotto dalla l. 11 agosto 2003, n. 228 e modificato dalla l. 6 febbraio 2006, n. 38, che ha inserito il riferimento al materiale pornografico virtuale di cui all'art. 600 *quater* 1. c.p., introdotto dalla stessa legge); abusi di mercato (art. 25 *sexies*, introdotto dalla legge comunitaria 18 aprile 2005, n. 62); omicidio colposo e lesioni colpose gravi e gravissime, commessi con violazione di norme antinfortunistiche (art. 25 *septies*, introdotto dalla legge delega 3 agosto 2007, n. 123 per la riforma della normativa in materia di sicurezza sul lavoro. Va ricordato che questi ultimi delitti erano già previsti dalla legge delega n. 300/2000, rimasta inattuata *in parte qua*. Si tratta della prima ipotesi di reati colposi a fare ingresso nel sistema del decreto 231, il che determina delicati problemi di coordinamento rispetto a criteri di imputazione dell'illecito parametrati su fattispecie dolose. D'altro canto, tale aggiunta, oltre che assolutamente opportuna, risulta perfettamente in linea con le caratteristiche del sistema, improntato ad una finalità preventiva rispetto alla quale i delitti colposi, che sono diretta espressione del rischio d'impresa, costituiscono un referente naturale); ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o altra utilità di provenienza illecita (art. 25 *octies*, introdotto dal d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231).

A ciò bisogna aggiungere che la l. 16 marzo 2006, n. 146, di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Palermo contro il crimine organizzato transnazionale, prevede ulteriori ipotesi di reato presupposto, indicati dall'art. 10, che determinano la responsabilità dell'ente qualora presentino il carattere della transnazionalità di cui all'art. 3 della stessa legge.

Infine, bisogna dar conto di un d.d.l. approvato in via definitiva il 27 febbraio 2008, che prevede l'inserimento nel d.lgs. 231/2001 (art. 24 *bis*) dei delitti informatici e di trattamento illecito di dati.

<sup>45</sup> Il modello di responsabilità collettiva dipendente da reato degli apicali, così come costruito dal legislatore delegato, dà luogo a complessi problemi di tenuta della fattispecie, soprattutto ove si riconosca natura penale alla responsabilità *ex* d.lgs. 231/2001, rispetto alla quale il meccanismo di inversione della prova di cui all'art. 6 si porrebbe in termini di assoluta inconciliabilità. Il punto sarà oggetto di trattazione nel cap. III, par. 3.3.1.

dei sottoposti derivi dall'omissione degli obblighi di direzione e vigilanza, circostanza normativamente esclusa in caso di adozione ed efficace attuazione di idonei modelli organizzativi *ante factum*<sup>46</sup>.

L'apparato sanzionatorio (art. 9) prevede quale sanzione indefettibile quella pecuniaria, che si applica attraverso un sistema per quote<sup>47</sup>, cui si aggiunge un nutrito elenco di sanzioni interdittive, collocate su una scala di afflittività crescente (interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze e concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere prestazioni di un pubblico servizio; esclusioni da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di pubblicizzare beni e servizi), irrogabili solo se ricorrono le condizioni stabilite dalle legge (art. 13). A questa dicotomia si associa la confisca, configurata alla stregua di una sanzione principale. Caratteristica del tutto peculiare del sistema è la possibilità di disporre, in luogo della sanzione interdittiva astrattamente applicabile, il commissariamento dell'ente ove ricorrano esigenze di ordine pubblico ed occupazionali suscettibili di essere pregiudicate dall'interruzione dell'attività aziendale (art. 15).

A chiusura della breve disamina sui tratti sostanziali della disciplina di cui al d.lgs. 231/2001, va sottolineato un aspetto di grande rilevanza: la responsabilità dell'ente si pone in termini di autonomia rispetto a quella della persona fisica autrice del reato presupposto. L'art. 8, infatti, stabilisce a chiare lettere che la responsabilità collettiva sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> La diversità dei parametri di imputazione a seconda che l'illecito scaturisca dalla condotta degli apicali oppure dei sottoposti si ripercuote su molteplici aspetti della disciplina, tra cui anche il sistema cautelare. Per una panoramica delle differenti ricostruzioni dottrinali in ordine ai due modelli si rinvia al cap. III, par. 3.

<sup>47</sup> Vd. tonini

<sup>48</sup> Per una corretta esegesi di tale principio, nel senso che si tratta di autonomia dalla responsabilità penale della persona fisica, ma non dalla obiettiva realizzazione di un reato, integro di tutti gli elementi che ne fondano il disvalore i quali, dunque, devono essere oggetto di accertamento, cfr. PULITANÒ, *Responsabilità «da reato» degli enti nell'ordinamento italiano*, in *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in *Cass. pen.*, 2003, Supplemento al n. 6/2003, p. 23; AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p.330 s. *Contra* COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 91.

Per quanto concerne i profili processuali, il legislatore, con una scelta motivata dalla necessità di coniugare esigenze di effettività e di garanzia<sup>49</sup>, ha privilegiato quale sede di accertamento il processo penale.

Attribuita la cognizione al giudice penale, sono apparse insoddisfacenti, rispetto alla specificità della materia, tanto l'opzione di "travasare" le nuove competenze all'interno del processo penale, tanto quella di un rinvio *tout court* alla disciplina codicistica. Il legislatore si è premurato, così, di dettare un'articolata serie di norme, (artt. 34-82) che in parte riproducono le disposizioni del codice, ed in parte dettano una disciplina speciale, modellata sulle caratteristiche proprie della peculiare regiudicanda. A chiusura del sistema, secondo una tecnica legislativa consolidata, è posta una clausola generale che rimanda in via sussidiaria alle norme codicistiche, in quanto compatibili (art. 34). Ne deriva un congegno piuttosto complesso, e non sempre ben coordinato, che costringe l'interprete a delicate operazioni integrative<sup>50</sup>.

Il capo III del decreto, disciplinante il procedimento per accertare la responsabilità dell'ente, è strutturato in sezioni che corrispondono, in modo pressoché compiuto, ai libri del codice di rito. Le peculiarità più rilevanti di questa disciplina si rinvencono senza dubbio in materia di archiviazione e di misure cautelari.

L'art. 58, con una vistosa deroga alla normativa codicistica, introduce una forma di archiviazione diretta da parte del pubblico ministero, il cui provvedimento è sottoposto al controllo successivo del procuratore generale il quale, effettuati gli accertamenti indispensabili, ove ne ricorrano le condizioni, può contestare le violazioni amministrative conseguenti al reato entro sei mesi dalla comunicazione del provvedimento archiviativo.

In tema di misure cautelari - oggetto precipuo della presente trattazione - si riscontra più d'una particolarità, ma, tra tutte, spicca la previsione di un contraddittorio anticipato finalizzato all'applicazione delle cautele.

Ambidue le deviazioni dalla normativa codicistica sono state proiettate nello scenario del futuribile, ove le loro potenziali ripercussioni hanno assunto

---

<sup>49</sup> Cfr. *Relazione allo schema di decreto legislativo recante: disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di responsabilità giuridica*, § 15, in *Guida dir.*, 2001.

<sup>50</sup> Un esempio dei problemi di coordinamento scaturenti dalla tecnica legislativa impiegata, resa più complessa dal fatto che al rinvio generale di cui all'art. 34 si somma una serie di altri rinvii a specifiche norme del codice, è dato dalla disciplina sulla revoca e sospensione delle misure cautelari di cui all'art. 50, vd. cap. IV, par. 2.



tinte del tutto speculari: per proseguire nella metafora cromatica, si passa dal nero che ammantava la prima opzione<sup>51</sup> al verde speranza che contraddistingue la seconda<sup>52</sup>.

Al termine di questa breve ricognizione sulle caratteristiche fondamentali della disciplina *ex* d.lgs. 231/2001, non si può non sottolineare come il filo conduttore che attraversa come un rivolo sotterraneo l'intero sistema, affiorando nei momenti cruciali dell'accertamento, sia rappresentato dalla vocazione specialpreventiva e di rieducazione dell'ente alla legalità. La sfida più interessante diventa allora verificare se un modello di questo tipo, fortemente improntato ad una dimensione etica del mercato e dell'economia, abbia nelle nostro sistema una qualche *chance* di successo; nonché indagare quale impatto avranno le sue rilevanti peculiarità non solo rispetto al diritto penale sostanziale, ma anche sul processo penale, che, secondo alcuni, finisce per essere piegato ad una logica rieducativa che non può e non deve appartenergli.<sup>53</sup>

L'indagine sarà condotta nell'ottica del subprocedimento cautelare che, tuttavia, per la crucialità che riveste all'interno del processo *de societate*, costituisce un banco di prova privilegiato per saggiare le potenzialità dell'innovativa disciplina.

### **3. La natura della responsabilità.**

In apertura del lavoro si è cercato di ricostruire il percorso che ha condotto a sconfessare il carattere asseritamente indiscutibile del principio *societas delinquere non potest*. Quella convinzione, tuttavia, non può dirsi superata, se, all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001, il primo problema è apparso quello di individuare la reale natura della responsabilità cucita addosso alle persone giuridiche. A dire il vero, la diatriba può considerarsi un effetto inevitabile della dizione impiegata dal testo legislativo: responsabilità per illeciti

---

<sup>51</sup> Sull'archiviazione disposta dal pubblico ministero *ex* art. 58 si rinvia a FERRUA, *Il processo penale contro gli enti, incoerenze de anomalie nelle regole di accertamento*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, p. 224 ss.; AMODIO, *Prevenzione del rischio*, cit., p. 333 s.; DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, cit., p. 548 ss.

<sup>52</sup> Sul punto, diffusamente cap. III, par. 3.1.

<sup>53</sup> C. FRANZONI, *Il sistema sanzionatorio e cautelare. Riflessioni sull'effettività*, in AA.VV., *Il processo de societate*, a cura di Bernasconi, Milano, 2007, p. 106 ss.

amministrativi dipendenti da reato. Se è corretto affermare che l'elemento qualificante risiede nell'aggettivo "amministrativi", non si può certo negare che, nel complesso, l'espressione assume un sapore compromissorio. Ma non si tratta del mero dato formale, il punto è indagare se, nella sostanza, la disciplina delineata risponda ai caratteri di una responsabilità amministrativa, così come definita dalla legge.

Da più parti si è ritenuta non configurabile in tal caso una «frode delle etichette»<sup>54</sup>, che in tanto sussiste, in quanto la qualificazione formale dissimuli una carenza di garanzie<sup>55</sup>. L'opinione è condivisibile soltanto in parte; è vero che la disciplina dettata dal decreto 231 si ispira ad una massimizzazione dei principi e delle garanzie di stampo penalistico<sup>56</sup> e che la stessa scelta del processo penale quale sede per l'accertamento dell'illecito si giustifica in quest'ottica, tuttavia alcune opzioni tutt'altro che irrilevanti – tra le quali la legittimità del meccanismo di inversione dell'onere probatorio di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001<sup>57</sup> oppure l'ammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente<sup>58</sup> - discendono proprio dalla natura che si intende assegnare alla responsabilità delle persone giuridiche<sup>59</sup>.

Le posizioni della dottrina in ordine a tale questione sono riconducibili a tre filoni interpretativi: v'è chi attribuisce alla responsabilità ex d.lgs. 231/2001 una natura propriamente penale<sup>60</sup>, chi, al contrario, propende per la qualifica

<sup>54</sup> Di «frode delle etichette» parla MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. giust.*, 2001, n. 23, p. 82.

<sup>55</sup> Fra gli altri PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 417 s. Da questo approccio si desume, altresì, la sterilità della disputa tesa ad individuare la natura giuridica della responsabilità ex d.lgs. 231/2001: oltre all'A. citato, in tal senso DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 328; ALESSANDRI, *Note penalistiche*, cit., p. 33.

<sup>56</sup> Così DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità cd. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, cit., p. 80.

<sup>57</sup> Sul punto, diffusamente, cap. II, par. 3.3.1.

<sup>58</sup> Vd. cap. III, nt. 20.

<sup>59</sup> Sulle conseguenze pratiche del problema della natura della responsabilità cfr. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 151 ss.

<sup>60</sup> Propendono per la natura penale della responsabilità, sia pure con diversi accenti: MUSCO, *Le imprese*, p. 8; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*. Parte gen., IV ed., Bologna, 2004, p. 146; PADOVANI, *Diritto penale*. Parte gen., VII ed., Milano, 2004, p. 88; DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, cit., p. 38 ss.; PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231: da ora in poi societetas delinquere et puniri potest*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 845, L. CONTI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Abbandonato il principio societetas delinquere non potest?*, in a cura di L. Conti, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 2001, p. 866; FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *Dir. giust.*, 2001, n. 29, p. 8; PATRONO, *Verso la soggettività penale di*

amministrativa<sup>61</sup> e chi ritiene configurabile un illecito di *tertium genus*<sup>62</sup>. Molteplici e diversificate le argomentazioni a supporto dei tre indirizzi, in questa sede si intende fornire un quadro estremamente sintetico e semplificato, al fine di giustificare alcune conclusioni raggiunte nel corso del presente lavoro, che presuppongono se non una piena adesione, quantomeno una maggiore vicinanza all'inquadramento della responsabilità nello schema penalistico.

E' necessaria un'ulteriore precisazione: nel primo paragrafo si è cercato di dimostrare che non esistono pregiudiziali ontologiche o costituzionali al riconoscimento di una responsabilità propriamente penale in capo ai soggetti collettivi, di conseguenza oggetto d'indagine diviene ora quello di stabilire se nel modello messo in piedi dal legislatore del 2001 siano rinvenibili i tratti tipici dell'illecito penale<sup>63</sup>.

L'approccio più adeguato per affrontare il problema è senza dubbio quello che - staccandosi, pur senza trascurarli del tutto, dagli argomenti formali<sup>64</sup> - porta ad interrogarsi sul tipo e sulla natura dei presupposti fondanti la responsabilità, nonché sulla possibilità della pena di svolgere le funzioni che le

*società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 187 ss., MAIELLO, *La natura*, cit., p. 900; AMARELLI, *Mito giuridico*, cit., p. 969 ss.; ASTROLOGO, *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, p. 1003 ss.; DE MAGLIE, *In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 349; MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 517 ss.

<sup>61</sup> MARINUCCI, «Societas puniri potest»: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1193 ss.; ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 398; RUGGIERO, *Capacità penale e responsabilità degli enti*, Giappichelli, 2004, p. 277.

<sup>62</sup> PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1365, secondo il quale il modello sanzionatorio in discorso non si presta a «rassicuranti operazioni definitive», trattandosi di un modello ibrido e ambivalente, non pienamente penale né tantomeno riconducibile *tout court* agli schemi dell'illecito amministrativo; in senso analogo, BARBUTO, *La responsabilità amministrativa della società per i reati commessi a suo vantaggio*, in *Impresa c.i.*, 2001, p. 930; COCCO, *L'illecito degli enti*, cit., p. 91; FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di metamorfosi della sanzione penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1398; TASSINARI, *La responsabilità degli enti. Quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 16 ss.

<sup>63</sup> Ciò significa che, ferme restando le considerazioni di carattere generale riportate nel par 1 – che si riferiscono ad un quadro anteriore rispetto all'emanazione del decreto 231/2001 – si procederà ad affrontare il problema della natura della responsabilità degli enti sotto il profilo della specifica disciplina introdotta da quella legge.

<sup>64</sup> Tra questi, a prescindere dall'espressione usata per definire l'illecito («amministrativo dipendente da reato»), che proprio per il suo carattere ibrido non può assumere un valore indicativo, il più forte è certamente l'argomento che fa leva sulla qualifica delle sanzioni come amministrative, in virtù della astratta validità della regola in forza della quale è il nome della sanzione a determinare la natura della stessa e, quindi, della responsabilità (così MARINUCCI, «Societas puniri potest», cit., p. 1193 ss.).

Pur riconoscendo la validità di tale affermazione – anzi ribadendo l'importanza del linguaggio in materia giuridica, specie nell'ambito del diritto di pura creazione legislativa, come quello delle persone giuridiche – si replica che il dato nominalistico in questo caso è apertamente sconfessato dalla disciplina sostanziale che di amministrativo presenta ben poco (in questi termini AMARELLI, *Profili pratici*, cit., p. 167).

sono proprie<sup>65</sup>. Questo approccio sconta però il limite di utilizzare strumenti noti per indagare una creatura normativa ignota<sup>66</sup>.

Va subito sgombrato il campo da un equivoco: la scelta di modellare la responsabilità su criteri di imputazione rispettosi del principio di colpevolezza<sup>67</sup>, nonché quella di impiegare il processo penale quale sede dell' accertamento non possono costituire la ragione, o quantomeno l'unica ragione, per fondare la natura penale della responsabilità. E' questo un argomento che prova troppo: non si può desumere dalla condivisibile tendenza alla massimizzazione delle garanzie<sup>68</sup>, la natura penale di ciò che si intende garantire. Inoltre, «se è vero che “non c'è pena senza processo penale” non è vero l'opposto, perché vi può essere una sanzione amministrativa, anche se inflitta nel corso e con le garanzie del processo penale»<sup>69</sup>. Se ciò è corretto, d'altro canto, però, non si può certo ritenere che tutti gli indici sostanziali militanti a favore del carattere penale dell'illecito a carico dell'ente siano stati inseriti solo al fine di apprestare un apparato di garanzie oltremodo solido per una responsabilità amministrativa. Inoltre, sul piano processuale, è innegabile che il giudice penale sia talvolta chiamato ad applicare sanzioni amministrative, ma ciò non avviene «mai come concretizzazione di uno scopo esclusivo ed originario del processo»<sup>70</sup>.

E'arrivato dunque il momento di svelare quali siano gli indici che conferiscono natura penale all'illecito dell'ente.

<sup>65</sup> DE SIMONE, *I profili sostanziali*, cit., p. 79, nt. 66.

<sup>66</sup> TASSINARI, *La responsabilità degli enti*, p. 7 ss.

<sup>67</sup> Questa è, perlomeno, l'intenzione dichiarata dal legislatore; che poi la stessa si sia tradotta nei fatti in un autentico rispetto di quel principio è tutto da verificare (vd. in particolare cap. III, par. 3 e 4).

<sup>68</sup> I segni di questa tendenza si rinvengono soprattutto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, tesa a riconoscere le garanzie proprie del sistema penale a tutte le forme di responsabilità punitiva, a prescindere dalla natura che la stessa riveste. Ma si può individuare anche un consistente, sebbene minoritario, filone dottrinario orientato in tal senso (sul punto vd. cap. I, nt. 13).

<sup>69</sup> MARINUCCI, «Societas puniri potest», cit., p. 1194; è il caso ad esempio della connessione obiettiva di un illecito amministrativo con un reato di cui all'art. 8 della l. 689/1981.

<sup>70</sup> MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 901. A supporto di questa opinione, si noti che, nell'ipotesi in cui si verificano le condizioni di cui all'art. 8 d.lgs. 231/2001, il processo penale diverrebbe teatro di accertamento del solo illecito amministrativo (sul punto *infra*), inoltre, se la regola è la riunione dei due procedimenti (quello a carico della persona fisica e quello a carico dell'ente), vi sono situazioni che legittimano la separazione (art. 38 comma 2).

E' stato osservato, altresì, come in un contesto di progressiva attenuazione delle differenze contenutistiche tra le sanzioni penali e quelle amministrative (cfr. al riguardo il progetto Grosso di riforma del codice penale, consultabile in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 574 ss., dove la pena carceraria è ridotta ad *extrema ratio* e nel catalogo delle pene principali sono inserite misure di carattere interdittivo di origine amministrativa), il dato dell'autorità giudiziaria competente assume un rilievo determinante per discernere la loro natura giuridica, forse l'unico tratto distintivo certo ed evidente (così AMARELLI, *Profili pratici*, cit., p. 177; VOLK, *La responsabilità penale degli enti collettivi*, in *Critica dir.*, 2002, p. 231).

Il dato maggiormente caratterizzante si può rinvenire proprio nella struttura della fattispecie. Bisogna avvertire che le ricostruzioni esegetiche sul punto divergono in modo decisivo<sup>71</sup>, ma, a tutto concedere, la più aderente al dato normativo sembra essere quella che individua un medesimo fatto del quale rispondono, in base a parametri distinti, sia la persona fisica che l'ente. In altri termini, né sotto il profilo naturalistico, né sotto quello empirico-criminologico è ravvisabile una diversa e autonoma condotta del soggetto collettivo: da una parte, i criteri oggettivi dell'interesse e del vantaggio, cui è ancorata la responsabilità, non sono sufficienti a descrivere una nuova e diversa condotta della persona giuridica in quanto avere un interesse o trarre un vantaggio da una certa attività da altri commessa non rappresenta alcuna condotta, né attiva, né omissiva; dall'altra, i parametri di cui agli artt. 6 e 7 si limitano, al più, a fissare i criteri soggettivi di imputazione all'ente dell'unica condotta criminosa commessa da un soggetto apicale oppure da un sottoposto<sup>72</sup>. In altri termini, la responsabilità delle persone giuridiche non origina dalla commissione di un comportamento esplicitamente qualificato e strutturato dalla legge come illecito amministrativo<sup>73</sup>. L'illecito «è e resta uno solo (quello penale) commesso da una delle persone fisiche indicate dall'art. 5, mentre rispetto alla persona giuridica dovrebbe parlarsi piuttosto di una fattispecie a struttura complessa di cui tale illecito rappresenta solo uno degli elementi essenziali e irrinunciabili»<sup>74</sup>.

Se tutto ciò è vero, allora non si può ammettere che dal medesimo illecito derivino due diversi tipi di responsabilità, una penale, l'altra amministrativa: ci troveremmo di fronte ad un vero *monstum (vel prodigium?)* giuridico<sup>75</sup>.

Affermare che l'ente risponde per il reato posto in essere dalla persona fisica, significherebbe, però, legittimare una responsabilità per fatto altrui, che

<sup>71</sup> Se ne farà cenno nel corso del cap. III, par. 3.3.

<sup>72</sup> PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi*, cit., p. 15; in senso conforme DE FRANCESCO, *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 754; ALESSANDRI, *Note penalistiche*, cit., p. 40.

<sup>73</sup> DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito dell'ente collettivo. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1155.

<sup>74</sup> DE SIMONE, *I profili sostanziali*, cit., p. 81.

<sup>75</sup> In questi termini AMARELLI, *Profili pratici*, cit., p. 174. Parla di un medesimo fatto storico dalla diversa qualificazione giuridica MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. giust.*, 2001, p. 8. Di parere contrario AMODIO, *Prevenzione del rischio*, cit., p. 330, secondo il quale è ravvisabile una condotta autonoma dell'ente, consistente nella *culpa in vigilando*; TASSINARI, *Responsabilità degli enti*, cit., p. 19, secondo il quale l'idea che il fatto imputato all'autore persona fisica e all'ente sia il medesimo appare viziata da una considerevole approssimazione, poiché la colpa di organizzazione rappresenta non solo una forma di responsabilità, ma anzitutto un fatto autonomo rispetto al reato che ne è presupposto.

non trova cittadinanza in un sistema penale retto dal principio della personalità, e che farebbe invece pensare ad un fatto illecito di stampo civilistico, sul modello dell'art. 2049 c.c.<sup>76</sup>.

Le cose non si pongono esattamente in questi termini. Nel caso di illecito derivante da condotta degli apicali, si è visto come la teoria dell'immedesimazione organica consenta di ritenere il fatto della persona fisica come fatto proprio dell'ente<sup>77</sup>.

Più complessa la situazione quando l'illecito della società acceda alla condotta del sottoposto. In tale ipotesi, parte della dottrina penalistica ritiene astrattamente configurabile una forma di concorso tra condotta (per lo più dolosa, se si escludono i reati colposi sul lavoro) della persona fisica e condotta colposa dell'ente, consistente nell'omessa vigilanza; costruito che, però, non trova riscontro in una preesistente fattispecie tipica. Non è disciplinata, cioè, una corrispondente fattispecie di agevolazione colposa in capo al vertice. Se così fosse, si riprodurrebbe la medesima situazione ricostruita rispetto al modello degli apicali: la fattispecie di reato rilevante per l'ente sarebbe non più il reato del sottoposto, ma quella posta in essere pur sempre dal soggetto in posizione apicale e la colpa agevolatrice di quest'ultimo sarebbe allo stesso modo pienamente trasferibile alla *societas*<sup>78</sup>. Si vuol dimostrare che, da un punto di vista strutturale, non vi sarebbero difficoltà, una volta incentrata la responsabilità dell'ente sul delitto di agevolazione colposa commesso dagli apici, a radicare in ogni caso la responsabilità diretta della *societas* su di un autentico illecito penale<sup>79</sup>.

In definitiva - nonostante si finisca per far dipendere la qualificazione della responsabilità degli enti da complesse ricostruzioni dogmatiche che si reggono su assunti fermamente sconfessati da insigne dottrina penalistica<sup>80</sup> - una volta negata

---

<sup>76</sup> Così AMODIO, *Prevenzione del rischio*, cit., p. 324 ss.

<sup>77</sup> Nel par. 1 sono state illustrate le argomentazioni che permettono di superare l'assunto in base al quale l'immedesimazione organica non può operare sul terreno penalistico. Si ricorda, altresì, che, proprio per evitare l'eccessivo rigore di questa costruzione, il legislatore ha accordato all'ente la possibilità di esonero di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001, sebbene il meccanismo di inversione dell'onere della prova finisca per vanificare la concreta fruibilità di quella *chance* (sul punto cap. III, par. 3.3.1).

<sup>78</sup> La complessa ricostruzione è di DE VERO, *Aspetti sostanziali*, cit., p. 45 s. Sulla stessa scia TASSINARI, il quale, dopo aver ricordato che nel nostro sistema penale vige la regola dell'omogeneità del titolo di imputazione, con l'unica eccezione codificata l'art. 116 c.p., afferma come la base legislativa che traccia la responsabilità dell'ente sta solo a testimoniare la legittimità della deviazione alla regola, ma si risolve in un dato neutro quanto alla natura della responsabilità.

<sup>79</sup> DE VERO, *Aspetti sostanziali*, cit., p. 46 s.

<sup>80</sup> Per tutti ROMANO, *La responsabilità amministrativa*, cit., p. 1036, secondo il quale, come già riportato, è impossibile sfuggire ad una censura di incostituzionalità rispetto all'art. 27 commi 1 e 3 della Cost,

l'esistenza di pregiudiziali costituzionali al riconoscimento di una responsabilità propriamente criminale in capo ai soggetti collettivi e riconosciuto che il d.lgs. 231/2001 appresta una disciplina nel complesso rispettosa dei principi dettati dalla Carta fondamentale<sup>81</sup>, non sembrano esserci difficoltà a riconoscere che nel *corpus* normativo gli indici a favore della natura penale di quella responsabilità sono più numerosi rispetto a quelli di segno contrario<sup>82</sup>.

Certo vi sono anche sensibili deviazioni dal modello penalistico<sup>83</sup>, ma ciò non autorizza a considerare amministrativa la responsabilità degli enti, come se tale qualifica fosse una sorta di *commodus discessus* dove far defluire tutto ciò che non può essere accolto nell'olimpico del diritto penale. E ciò per la semplice ragione che, se pur non la si voglia definire penale, quella responsabilità non può essere nemmeno amministrativa perché non ne presenta le caratteristiche, e ciò per la semplice ragione che non è in gioco una funzione amministrativa<sup>84</sup>.

---

violato già nel suo significato minimo, ove si attribuisca natura penale alla responsabilità delle persone giuridiche.

<sup>81</sup> Vd., tuttavia, cap. III, par. 3.3.1, quanto alla legittimità del meccanismo di inversione dell'onere della prova *ex art.* 6.

<sup>82</sup> Altri indici che depongono per la responsabilità penale sono: l'irrogazione di sanzioni afflittive e stigmatizzanti; il sistema di commisurazione delle pene pecuniarie di chiara ispirazione penalistica (art. 10 e 11); la punizione della persona giuridica anche per il tentativo (art. 26); la rinuncia all'amnistia da parte dell'ente (art. 8 comma 3); l'istituzione dell'anagrafe nazionale delle sanzioni amministrative comminate agli enti; l'applicazione di principi di legalità (art. 2) e di retroattività della *lex mitior* (art. 3 comma 2); l'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto a quella della persona fisica (art. 8), sebbene quest'ultimo rappresenti "un'arma a doppio taglio" che può deporre nell'uno e nell'altro senso (per due letture divergenti si rinvia a AMARELLI, *Profili pratici*, cit., p. 175 ss; TASSINARI, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 16 ss.). Gli argomenti qui meramente elencati presentano tutti una notevole complessità, per l'analisi motivata si rinvia agli Autori citati nella nt. 60.

Inoltre, vengano segnalate due pronunce giurisprudenziali, una di merito (Trib. Pordenone, 4 novembre 2002, in *Foro it.*, 2004, 5, II, p. 317) l'altra di legittimità (Cass., 22 aprile, 2004, n. 18941, in *Cass. pen.* 2004, con nota di DI GERONIMO, *La cassazione esclude l'applicabilità alle imprese individuali della responsabilità da reato prevista per gli enti collettivi: spunti di diritto comparato*), che attesterebbero un'implicita presa di posizione a favore della soluzione penalistica (in questi termini AMARELLI, *Profili pratici*, cit., p. 183 ss.). Nella prima, il Tribunale, per procedere alla commisurazione della pena da applicare all'ente all'esito del patteggiamento, ha richiamato principi e regole di marca penalistica, quali la funzione rieducativa della pena e i canoni di cui all'art. 133 c.p. Nella seconda, l'A. ritiene che la Corte, pur non esprimendosi sulla natura della responsabilità, nel momento in cui esclude l'estensione della disciplina *ex d.lgs.* 231/2001 alle imprese individuali in virtù del divieto di interpretazione analogica in *malam partem* derivante dall'art. 25 comma 2 Cost. presuppone l'accoglimento che la responsabilità ivi regolata abbia carattere penale (il dato dell'estensione delle garanzie costituzionali non è tuttavia dirimente: vd. *supra* in questo par. e *infra* cap. I. nt. 13).

<sup>83</sup> Come il decorso quinquennale della prescrizione, l'assenza di meccanismi di sospensione condizionata della sanzione, la disciplina della fusione e della scissione dell'ente che sottintende schemi di tipo civilistico irriducibilmente lontani dai modelli di imputazione del reato (però giustificabili in termini di opportunità legislativa). Sul versante processuale, si segnalano la disciplina dell'archiviazione (art. 58) e quella sulla contestazione dell'illecito (art. 59).

<sup>84</sup> A sostenerlo è la stessa dottrina amministrativistica: cfr. TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel d. lgs. 231/2001: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in *Le soc.*, 2001, p. 1035. Vd. anche MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 42, il quale afferma chiaramente che se all'interno

Una volta compreso che l'introduzione di una responsabilità punitiva diretta in capo agli enti giuridici rappresenta un portato inevitabile della modernità e che l'armamentario penalistico sia il più efficace ed al tempo stesso il più rassicurante strumento per fronteggiare la criminalità d'impresa, ci si dovrebbe forse rassegnare dinanzi alla consapevolezza che il diritto penale, applicato ai soggetti collettivi, non può che assumere un volto peculiare. Purchè ciò non si traduca in una violazione delle garanzie.

---

della spinosa problematica in questione c'è un dato certo, è che deve escludersi la natura amministrativa della responsabilità dell'ente, che nulla possiede del paradigma amministrativo.

*Contra* INSOLERA, *Intervento al Seminario di studi del ciclo "Lavori in corso" su "L'ammissibilità della costituzione di parte civile nel processo penale a carico di enti ex d.lgs.231/01"*, Bologna, 11 marzo 2008, secondo il quale nel modello di cui al d.lgs.231/2001 sarebbero rinvenibili le caratteristiche proprie della responsabilità amministrativa, perché alle imprese è affidata una funzione di controllo/prevenzione tipica del potere amministrativo.

Per un quadro dei rapporti tra le diverse tipologie di illecito nel sistema giuridico italiano cfr. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, p. 247 ss., secondo il quale nell'ordinamento italiano è ravvisabile un "climax" ascendente di umanizzazione degli illeciti via via che si passa dal diritto civile, a quello amministrativo, a quello penale.



## CAPITOLO I

### IL SISTEMA DELLE CAUTELE INTERDITTIVE

SOMMARIO: 1. Caratteristiche generali e centralità del subprocedimento cautelare.- 2. Interdizione sanzione e interdizione cautela: una sovrapposizione discutibile.- 3. Presupposti di applicazione delle misure cautelari interdittive. 3.1. Gravi indizi di responsabilità- 3.2. Pericolo di reiterazione del reato. – 4. I criteri di applicazione delle misure.- 5. Interferenze tra il procedimento cautelare a carico dell'imputato del reato presupposto e quello a carico dell'ente.- 6. Una misura cautelare *sui generis*: il commissariamento giudiziale dell'ente.

#### **1. Caratteristiche generali e centralità del subprocedimento cautelare.**

Se il d.lgs. n. 231/2001 delinea un sistema normativo compiuto, un microcodice della responsabilità degli enti, al suo interno è possibile individuare un ulteriore sottosistema che, al pari del libro IV del codice di rito<sup>1</sup>, assume carattere autonomo, ma, ancor più del procedimento cautelare a carico delle persone fisiche, riveste un'importanza cruciale nell'ambito del processo *de societate*.

La sezione IV dell'anzidetto decreto tratteggia un panorama di cautele volte da un lato ad «evitare la dispersione delle garanzie delle obbligazioni civili derivanti dal reato» e dall'altro a «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»<sup>2</sup>. Al primo obiettivo fa fronte lo strumento del sequestro conservativo, mentre la seconda esigenza viene perseguita mediante il sequestro preventivo e soprattutto dalle misure interdittive indicate dall'art. 45 d.lgs. 231/2001.

---

<sup>1</sup> Definisce il libro IV del codice di procedura penale un vero e proprio «sottosistema normativo» GREVI, *Il sistema delle misure cautelari personali nel nuovo codice di procedura penale*, in GREVI (a cura di), *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, Padova, 1989, p. 270; nello stesso senso AMODIO, *Le misure coercitive nella procedura penale vivente*, in *Quest. giust.*, 1995, p. 16 che parla di «codice all'interno del codice»; cfr. altresì Corte cost., sent., 17 febbraio 1994, n. 48 in *Giur. cost.*, 1994, p. 271, che delinea l'incidente cautelare quale «processo nel processo».

<sup>2</sup> *Relazione* al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, § 17.

Limitando il nostro esame a queste ultime<sup>3</sup>, si impone un'osservazione preliminare che sembra scalfire l'evidenziata autonomia caratterizzante la compagine cautelare: le misure interdittive non integrano autonome figure cautelari, ma coincidono geneticamente con le sanzioni irrogabili in via definitiva. L'art. 45 prevede infatti, al ricorrere di determinati presupposti, l'applicazione, quale misura cautelare, di una delle sanzioni interdittive previste dall'art. 9: interdizione dall'esercizio dell'attività (lett. *a*); sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito (lett. *b*); divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio (lett. *c*); esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi ed eventuale revoca di quelli già concessi (lett. *d*); divieto di pubblicizzare beni e servizi (lett. *e*).

Questo perfetto parallelismo<sup>4</sup> - oggetto di grande disappunto da parte della dottrina oltre che foriero di delicati problemi di compatibilità rispetto ai principi vigenti in materia cautelare<sup>5</sup> - rappresenta una manifestazione visiva di quello che è il principale tratto distintivo non solo del sistema cautelare, ma di tutto l'impianto costruito dal legislatore del 2001: si allude al carattere specialpreventivo che affiora regolarmente tra i gangli del sistema.

Se il fine ultimo del decreto 231/2001 è quello di recuperare l'ente alla legalità, e prima ancora di prevenire il rischio-reato, il percorso rieducativo che in qualche modo viene imposto al soggetto collettivo attraverso il processo<sup>6</sup> passa anche per il tramite delle misure cautelari, private della loro naturale finalizzazione strumentale rispetto ad esigenze processuali e piegate ad una logica spiccatamente preventiva che, nel farne degli strumenti atti a scongiurare

---

<sup>3</sup> Alle misure interdittive sono dedicati gli articoli dal 45 al 52 d.lgs. 231/2001, che disciplinano presupposti e condizioni, criteri di scelta, procedimento applicativo, vicende successive, durata e mezzi di impugnazione; mentre alle cautele reali sono riservate due sole disposizioni (gli artt. 53 e 54), eterointegrate con la disciplina codicistica. Evidenzia la distonia PERONI, *Il sistema delle cautele*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti*, a cura di Garuti, cit., p. 246, il quale prefigura un «sistema cautelare tendenzialmente asimmetrico», preconizzando possibili problemi di coordinamento rispetto alle cautele reali.

<sup>4</sup> L'unica sanzione esclusa da un'applicazione in sede cautelare è, ovviamente, la pubblicazione della sentenza di condanna.

<sup>5</sup> Il punto sarà oggetto di specifica trattazione nel paragrafo seguente.

<sup>6</sup> Evidenzia in termini critici come, in modo assolutamente inedito, il decreto 231/2001 affidi al processo, piuttosto che alla pena la funzione rieducativa C. FRANZONI, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, cit., p. 106. L'Autrice giunge a questa conclusione sulla scorta delle numerose occasioni che il sistema offre all'ente per evitare di incorrere nella responsabilità oppure per evitare o ridurre le conseguenze sanzionatorie più gravi.

il pericolo di recidiva, da un alto, le avvicina alle misure di sicurezza<sup>7</sup> e, dall'altro, le colloca nella scomodo ruolo di surrogati della pena.

Il quadro appena prospettato trova riscontro *in primis* nel carattere monofunzionale delle cautele interdittive: della tripartizione accolta dall'art. 274 c.p.p., l'unica esigenza che trova spazio nel sistema del decreto è quella relativa alla pericolosità dell'ente che, presentando maggiori connotati di sostanzialità<sup>8</sup>, finisce per riproporre quei dubbi di legittimità costituzionale connaturati all'impiego di mezzi cautelari per scopi specialpreventivi<sup>9</sup>. Non sembra trattarsi, peraltro, di una scelta obbligata; infatti, se il pericolo di fuga presuppone un sostrato antropomorfo che lo rende inadattabile rispetto alle persone giuridiche, più d'una perplessità suscita la mancata inclusione tra le esigenze cautelari del pericolo di inquinamento probatorio<sup>10</sup>.

Ma la conferma delle peculiarità del sistema cautelare destinato agli enti – che lo eleva a snodo cruciale del procedimento - scaturisce, altresì, dalle numerose occasioni di cui l'ente imputato può usufruire, anche in sede cautelare, per andare esente da responsabilità o quanto meno per evitare di incorrere nelle misure interdittive. Anzi, si può dire che proprio in questo frangente la persona giuridica ha la prima, e spesso decisiva, *chance* per discolarsi completamente oppure per attenuare la propria posizione nel processo.

Funzionale a questo modello è la previsione di un'udienza camerale appositamente dedicata alla decisione sulle cautele. Introdurre un contraddittorio anticipato in sede cautelare rappresenta un'innovazione che, in prospettiva, potrebbe assumere un'importanza strategica<sup>11</sup>. Tuttavia, la scelta del legislatore – isolata nel panorama del sistema cautelare, se si esclude l'ipotesi di cui all'art. 289 c.p.p. – costituisce il precipitato di come è costruito il sistema di responsabilità degli enti, dunque una scelta obbligata che trova la sua giustificazione nelle caratteristiche del particolare contesto in cui è inserita e, di conseguenza, perde la potenziale carica espansiva suscettibile di trascendere quel contesto.

---

<sup>7</sup> Individua nelle misure cautelari interdittive contemplate dal d.lgs. 231/2001 una «trasfigurazione che, almeno per i contenuti, le avvicina più alla categoria delle misure di sicurezza» FIDELBO, *Le misure cautelari*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 456.

<sup>8</sup> Così FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 456.

<sup>9</sup> In questi termini PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 251. Sul punto vd. *infra*.

<sup>10</sup> Anche su questo aspetto e sulle relative posizioni si tornerà in seguito, vd. par. 3.2

<sup>11</sup> Primo a sottolineare le potenzialità espansive di tale scelta CERESA-GASTALDO, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, 2002, p. 47 s.

Infatti, nell'udienza camerale l'ente è innanzitutto messo nelle condizioni di provare l'adozione ed efficace attuazione *ex ante* di modelli organizzativi idonei a prevenire il rischio reato, circostanza che, ove associata alle condizioni di cui agli art. 6 e 7 del decreto, escluderebbe la sua responsabilità.

In secondo luogo, l'ente può dimostrare di aver adottato i modelli dopo la commissione del reato, con la conseguenza che il giudice, ritenendo neutralizzato il pericolo di reiterazione, non potrebbe che considerare superflua l'applicazione di misure cautelari.

Ancora, può usufruire di una singolare forma di sospensione delle misure cautelari già applicate, per poter realizzare quelle condotte riparatorie espressamente stabilite dall'art. 17, la cui efficacia determina la revoca delle misure stesse

Infine, l'udienza anticipata può divenire sede di accertamento delle condizioni perché si possa sostituire una misura cautelare interdittiva, per la cui applicazione ricorrono gli estremi, con il commissariamento dell'ente, funzionale ad esigenze di tutela della collettività e dell'occupazione.

Il corposo reticolo di "scappatoie" accordato ai soggetti collettivi, da un lato, dimostra l'imprescindibilità di un contraddittorio anticipato che funga da via privilegiata per intraprendere le stesse, dall'altro, dischiude un ulteriore ed importante aspetto che rende estremamente difficoltoso l'equilibrio di un sistema, tradizionalmente terreno di scontro tra interessi in conflitto, che, all'interno di questo nuovo microcosmo, si connota di variabili capaci di esaltarne la problematicità.

Il punto di frizione risiede nel fatto che, per come è costruita la disciplina, il contraddittorio anticipato - conquista da tempo e da molti ambiti anche per le misure cautelari personali<sup>12</sup> - più che una garanzia difensiva potrebbe assumere le sembianze di uno strumento di collaborazione quasi obbligata. Ciò pone un duplice problema: sul piano delle garanzie, è d'obbligo domandarsi quanto questo modello sia compatibile con l'art. 27 della Costituzione<sup>13</sup>; sul piano

---

<sup>12</sup> Sul tema, vd. Cap. III.

<sup>13</sup> A parere di chi scrive la norma costituzionale trova applicazione anche con riferimento agli enti per la semplice ragione che penale si considera la responsabilità introdotta dal legislatore del 2001.

Peraltro, anche a volerla qualificare come amministrativa, sussiste un consistente indirizzo interpretativo teso ad estendere le garanzie costituzionali proprie della responsabilità penale all'illecito in quanto tale, a prescindere dalla sua connotazione penale, amministrativa o civile; si collocano entro tale indirizzo: PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, p. 730, secondo il quale «le garanzie forti del diritto penale non possono essere escluse con un gioco di etichette, là dove siano previste sanzioni che toccano la libertà personale, o comunque incidano in modo pesante sui diritti di chi ne sia colpito» (in ordine all'incidenza

dell'effettività, d'altro canto, ci si interroga sulla reale efficacia di un modello siffatto. Si profila il rischio che ad essere puniti siano solo quegli enti che non intraprendono un percorso di riallineamento alla legalità, più che coloro che hanno commesso l'illecito. Inoltre, gli effetti benefici che discendono dall'adozione di modelli o di condotte riparatorie *post factum* potrebbero disincentivare l'ente a dotarsi *ex ante* di modelli idonei ad evitare il rischio reato: un effetto *boomerang* che sancirebbe il fallimento dell'ottica preventiva sui cui è imperniato l'intero sistema. Il rischio preconizzato non è così peregrino ove si ponga l'accento sul pericoloso *deficit* di controlli successivi alla riorganizzazione dell'ente: il decreto, infatti, non prevede né verifiche sull'effettivo mantenimento dei modelli adottati *post factum*, né sanzioni in caso di rimozione degli stessi<sup>14</sup>. Questa circostanza, unita ai costi elevati che comporta per l'ente l'adozione di complessi modelli organizzativi – i quali, peraltro, non forniscono alcuna garanzia circa l'idoneità esimente, essendo la loro efficacia rimessa alla

---

delle misure cautelari interdittive su “diritti” fondamentali della persona giuridica vd. *infra*, par. 2.2), ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995, p. 247; BARTOLI, *Sanzioni punitive e garanzie (a proposito della sentenza costituzionale sulla decurtazione dei punti della patente)*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1096; DE VITA, *La “crisi di razionalità” dell'opzione punitiva nel diritto penale dell'economia*, in *Il nuovo sistema sanzionatorio del diritto penale dell'economia tra depenalizzazione e problemi di effettività*, Napoli, 2002 p. 17.

Per l'estensione del modello penalistico delle garanzie ex artt. 25 cpv e 27 Cost. agli illeciti amministrativi in quanto tali: SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983, p.71 ss., 94 ss.; ROSSI VANNINI, *Illecito depenalizzato – amministrativo. Ambito di applicazione*, Milano, 1990, p. 173.

Con espresso riferimento all'estensione delle garanzie costituzionali alle persone giuridiche: PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 251; PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti “amministrativi” da reato (d.lgs. 231/2001)*; Torino, 2005, p. 122; FIORELLA, *Intervento*, in *Societas puniri potest*, cit., p. 5.

Questo filone interpretativo trova un avallo nella giurisprudenza della Cedu, cfr., in particolare, Cedu, 21 febbraio 1984, Ozturk, in cui la Corte si è pronunciata nel senso di una tendenziale equiparazione tra le garanzie del sistema penale e quelle del sistema amministrativo; sul punto V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. 6, p. 31; CHIAVARIO, *Art. 6: diritto ad un giusto processo*, in AA.VV., *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole-Conforti-Raimondi, Padova, 2001, p. 153 e ss; BERNARDI, *I tre volti del diritto penale europeo*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, a cura di Picotti, Milano, 1999.

Nettamente contraria all'estensione la giurisprudenza costituzionale: cfr.: sent. 14 marzo 1984, n. 68, in *Giur. cost.*, 1984, p. 422; ord. 19 novembre 1987, n. 420, *ivi*, p. 2879; ord. 10 dicembre 1987, n. 502; ord. 14 aprile 1994, n. 159, in *Riv. giur. amb.*, 1995, p. 299, con nota di C. CONTI; ord. 9 febbraio 2001, n. 33, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 327; ord. 5 luglio 2002, n. 319, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2466; ord. 15 luglio 2004, n. 226, in *Foro it.*, 2004, I, p. 2616. In dottrina: MOSCARINI, *Le cautele interdittive penali contro gli enti*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 1126, il quale ritiene inapplicabili all'ente non le disposizioni che presuppongono una fisicità dell'imputato, ma anche le norme costituzionali e pattizie che tutelano i diritti inviolabili dell'uomo. Cfr., altresì, VOLK, *La responsabilità penale degli enti collettivi*, in *Crit. dir.* 2002, p. 233-234, il quale fa notare come negli Stati Uniti non sia stato concesso il *privilege against self incrimination* alle persone giuridiche e che anche la Corte di Giustizia europea tende ad applicare questo principio in modo molto cauto (cfr. i casi “Orkem” e “Solvay” pubblicati in *EuGH* rispettivamente 1989 p. 3283 e 1991, p. 1510.

<sup>14</sup> Aspetto messo in evidenza da C. FRANZONI, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, cit., p. 172.

valutazione discrezionale del giudice - può indurre il soggetto collettivo alla scelta di rischiare, non dotandosi dei modelli, per poi riparare successivamente, nell'eventualità che dovesse incorrere in un procedimento penale<sup>15</sup>.

Sono valutazioni che si inseriscono in un discorso di più ampio respiro, coinvolgente la tenuta dell'intero modello di responsabilità delineato dal decreto 231, le cui problematiche si ripercuotono inevitabilmente sul microsistema cautelare.

E' vero, infatti, che le descritte peculiarità caratterizzanti le misure cautelari si giustificano in funzione strumentale rispetto alle finalità di prevenzione che presidiano gli aspetti sostanziali della responsabilità delle persone giuridiche<sup>16</sup>, ma il nodo cruciale diviene allora quello di indagare la funzionalità, nel contesto imprenditoriale<sup>17</sup> italiano, di una disciplina che fa del parametro preventivo-rieducativo il suo perno.

Non è da sottovalutare la critica di chi considera il decreto 231/2001 «una assai brutta imitazione del modello americano»<sup>18</sup>, che nel nostro sistema capitalistico è destinato a fallire<sup>19</sup>. Da una parte, quel modello trova terreno fertile in una cultura che ponga l'etica quale baluardo dell'economia, realtà tanto congeniale al sistema americano quanto lontana dal nostro<sup>20</sup>. Dall'altra, il

---

<sup>15</sup> Questo discorso induce, peraltro, a domandarsi se non fosse stato più opportuno configurare l'adozione dei modelli alla stregua di un obbligo per gli enti, sulla falsariga delle procedimentalizzazioni sancite dalla legge 626/1994.

<sup>16</sup> Così FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 457.

<sup>17</sup> Si fa riferimento all'impresa perché, nonostante la vocazione espansiva del decreto 231/2001, è l'impresa il terreno d'elezione per la sua operatività, come dimostrano i casi concreti finora conosciuti.

<sup>18</sup> Icastica affermazione di STELLA, *L'etica senza mercato*, in DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. XII.

<sup>19</sup> E' di tutta evidenza che il modello coniato dal legislatore italiano sia di derivazione americana, in special modo per la parte relativa ai *compliance programs*. I sistemi di *common law* sono costantemente presentati come i precursori dell'imposizione della responsabilità penale alle *corporations*; in realtà giova ricordare come sia frutto di una «diffusa dotta ignoranza» il luogo comune per cui la criminalità delle *universitates* e la relativa repressione nascano nel mondo anglosassone. La responsabilità criminale collettiva si affaccia in America alla metà dell'Ottocento, dunque - come ricostruito nell'introduzione, par. 1 - parecchi secoli dopo la tradizione dei paesi di *civil law* (per queste considerazioni storiche si rinvia a MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 454).

Se poi si fa riferimento al primo moderno sistema di responsabilità penale delle *societates*, occorre senza dubbio guardare al modello messo in piedi negli Stati Uniti, in seguito ai gravi scandali finanziari degli anni 70 e 80, cui si sono ispirati, poi, molti dei Paesi europei.

<sup>20</sup> Sul tema si rinvia all'approfondita analisi di DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 7. L'Autrice evidenzia lo stretto legame, frutto della cultura protestante, che sussiste in America tra l'etica e il capitalismo: «La cultura calvinista del rispetto delle regole costituisce il sistema degli anticorpi del capitalismo americano, che reagisce, anche con estrema durezza, qualora ne vengano attaccati i capisaldi». Per converso, «questo costante carattere spirituale indotto dall'educazione è totalmente assente nel capitalismo di matrice cattolica e in particolare in quello italiano». Del resto, «l'*establishment* capitalistico in Italia vive circondato da eserciti di consulenti legali che studiano come eludere le normative esistenti. Chi può credere davvero che basti qualche nuova legge per curare una situazione così

modello d'origine è stato in qualche modo snaturato, con il risultato di comprometterne l'efficacia. Infatti, come già accennato in precedenza, la logica del *carrot-stick* - su cui è imperniata la disciplina d'oltreoceano e, di riflesso, quella nostrana - perde la sua funzionalità nel momento in cui la “carota” è così esageratamente grande<sup>21</sup> da condurre quasi sempre alla disapplicazione delle sanzioni<sup>22</sup>.

A chiusura della breve ricognizione volta ad anticipare le problematiche che lambiscono il sistema delle cautele costruito per gli enti si staglia, imponente, il nodo cruciale dei rapporti tra giudizio cautelare e decisione definitiva. Il tema, da sempre nervo scoperto della materia cautelare<sup>23</sup>, sembra destinato ad acquisire contorni ancora più delicati nel contesto di riferimento. Sorge, infatti, spontaneo domandarsi quale influenza sia suscettibile di esercitare sul giudizio definitivo un provvedimento cautelare emanato dopo lo svolgimento di un regolare contraddittorio. Dopo che all'ente imputato è stata riconosciuta la possibilità di

---

malsana?» (così ROSSI, *I crack arriveranno in Europa e faranno saltare i conti pubblici*, Intervista su *La Repubblica* del 26 giugno 2002, p. 13).

Esiste, peraltro, al di là delle considerazioni socio-culturali, una ragione di carattere pratico che può segnare il fallimento di un modello incentrato sulla prevenzione e rieducazione del soggetto collettivo: quel modello presuppone un agire razionale che rappresenta un mito per l'impresa, il cui operato è talmente complesso e mosso da tali e tante variabili che non si può pretendere di dominarlo con una legge (così MUSCO, *Intervento al Convegno “La responsabilità amministrativa degli enti”*, Ravenna, 30 marzo 2007).

<sup>21</sup> Testualmente STELLA, *L'etica senza mercato*, cit., p. XII s.

<sup>22</sup> Dubbi sull'effettività di un sistema che concede troppe *chance* di esonero dalla responsabilità o dall'applicazione di sanzioni sono espressi da più parti: cfr., in proposito, PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, cit., p. 1355; BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali*, cit, p. 41; BALDUCCI, *Misure cautelari interdittive e strumenti riparatorio-premiali nel nuovo sistema di responsabilità “amministrativa” a carico degli enti collettivi*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 584; PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 135; FRANZONI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 105 ss.

In prospettiva radicalmente diversa SGUBBI, *Intervento al Convegno “La responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001”*, Ravenna, 17 novembre 2007, il quale fa rilevare come nella prassi applicativa quasi sempre i modelli sono stati giudicati inidonei, perché viene adottato un ragionamento *ex post*: se c'è stato l'illecito, vuol dire che il modello non ha funzionato.

<sup>23</sup> L'attenzione sul tema, mai sopita, ha ripreso particolare vigore dopo l'interpolazione realizzata nell'art. 273 c.p.p. ad opera della legge n. 63/2001. Tale modifica, avendo elevato gli standard richiesti per la prova del *fumus commissi delicti* – sebbene il richiamo parziale ad alcune soltanto delle regole probatorie abbia finito per porre ulteriori problemi -se da un lato rafforza le garanzie dell'imputato, dall'altro rischia di ipotecare la sua sorte processuale (in questi termini GREVI, *La nuova disciplina in materia di formazione e di valutazione della prova (l. 1 marzo 2001, n. 63)*, *Compendio di procedura penale. Appendice di aggiornamento (al 1° giugno 2001)*, a cura di Conso-Grevi, Padova, 2001, p. 99. Per un'analisi approfondita sul tema si rinvia allo studio di NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004 e alle considerazioni sempre attuali di ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 37 ss.

discolparsi con tutti i mezzi a sua disposizione. Dopo che un giudice ha ritenuto inefficaci i modelli organizzativi eventualmente adottati<sup>24</sup>.

Si tratta di un aspetto che merita particolare attenzione, ove si ponga mente al fatto che proprio il principale antidoto contro un'inammissibile sovrapposizione tra misura cautelare e sanzione definitiva – ovvero la specifica finalizzazione dei provvedimenti cautelari<sup>25</sup> – perde terreno in un sistema che fa del pericolo di recidiva l'unica esigenza atta a giustificare l'intervento cautelare.

Questa breve disamina palesa quali e quante frizioni agitano, all'interno del sistema di responsabilità delle persone giuridiche, il procedimento cautelare: cartina al tornasole dell'operatività di una disciplina ancora tutta da sperimentare e, al contempo, possibile modello di riferimento per una disciplina da modificare.

## **2. Interdizione-sanzione ed interdizione-cautela: una sovrapposizione discutibile.**

Come anticipato, il decreto 231/2001 non conferma la piena autonomia del sistema cautelare quanto alla tipologia delle misure applicabili. Invece di costruire figure specifiche, oppure denominare diversamente quei provvedimenti cautelari di contenuto analogo alle sanzioni<sup>26</sup>, l'art. 45 stabilisce la possibilità di applicare, quale misura cautelare, una delle sanzioni interdittive elencate nell'art. 9. Lo stesso legislatore deve essersi reso conto dei problemi che sarebbero potuti scaturire da questa sovrapposizione se, nel passaggio dalla delega al decreto, ha ritenuto di dover modificare l'originaria dizione, evidentemente ancor più

---

<sup>24</sup> Il problema non concerne solo gli standard probatori per la valutazione del *fumus*, come segnalato nella nota precedente; infatti, il profilo delle commistioni tra giudizio cautelare e giudizio di merito trova nuova linfa, sebbene in direzione opportunamente contraria rispetto a quella segnalata nel testo, per effetto della interpolazione operata dalla legge n. 46/2006 nell'art. 405 c.p.p., che contempla ora un nuovo caso di archiviazione nell'ipotesi in cui la Corte di Cassazione si pronunci circa l'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza (per il commento di questa riforma si rimanda a E. VALENTINI, *Interferenze inedite tra la vicenda cautelare e l'esercizio dell'azione penale: il comma 1 bis dell'art. 405 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 4272). Inoltre, nella bozza di legge delega per la riforma del codice di procedura penale, si prevede il potere/dovere del pubblico ministero di esercitare l'azione penale qualora siano state disposte misure cautelari coercitive.

<sup>25</sup> Per una chiara riaffermazione di questo principio cfr., di recente, ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, p. 135 s.

<sup>26</sup> Alla stregua di quanto fatto dal legislatore del codice riguardo ai binomi reclusione/arresto-custodia cautelare in carcere, arresti domiciliari-detenzione domiciliare.



equivoca dell'attuale, considerato che vi si prevedeva l'applicazione "anche in sede cautelare" delle sanzioni interdittive<sup>27</sup>.

Tuttavia, non basta una mera modifica testuale per dissipare i dubbi in ordine alla legittimità di una simile scelta<sup>28</sup>, né può fungere da antidoto al rischio di un'impropria sovrapposizione tra cautele e sanzioni la sola formale distinzione dei presupposti, posto che, come si illustrerà nei paragrafi successivi, da un lato, gli stessi presupposti finiscono in qualche modo per coincidere e, dall'altro, l'unica esigenza cautelare valorizzata è quella più vicina a determinare una sorta di anticipazione della pena.

Non sembrano allora eccessive le preoccupazioni espresse da chi considera la scelta operata dal legislatore del 2001 un passo indietro nel percorso di affrancazione degli istituti cautelari dal diritto delle sanzioni<sup>29</sup>; cammino che si è rivelato particolarmente faticoso proprio per le cautele interdittive, la cui contiguità rispetto alle pene accessorie è stata spezzata in tempi relativamente recenti, quando la legge n. 689 del 1981 ha abolito la provvisoria applicazione di queste ultime e successivamente il nuovo codice di procedura penale ha coniato la categoria autonoma delle misure cautelari interdittive<sup>30</sup>. Aver in qualche modo ripristinato quella contiguità, con riferimento alle persone giuridiche, rafforza l'impressione che il legislatore non abbia ancora adeguatamente assimilato la specificità della materia cautelare interdittiva e non abbia altresì preso coscienza delle posizioni soggettive implicate, per molti versi non meno delicate del diritto alla libertà personale attinto dai tradizionali mezzi coercitivi<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. art. 11 lett. o della legge n. 300/2000.

<sup>28</sup> Peraltro, si rileva che nel decreto permane un indice testuale equivoco: l'art. 16 infatti è rubricato «Sanzioni interdittive applicabili in via definitiva», come a voler sottintendere un parallelo congegno applicativo a titolo provvisorio, così PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 245.

<sup>29</sup> PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 244.

<sup>30</sup> Per queste ricostruzioni si rinvia a PERONI, *Cautele penali interdittive e diritti fondamentali della persona*, in AA.VV. (a cura di Conso), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Padova, 2007, p. 513; ID, voce *Misure interdittive* (diritto processuale penale), in *Enc. dir.*, Milano, IV agg., 2000, p. 739.

Si ricordi, altresì, che nella legge delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale mancava una puntuale determinazione delle esigenze cautelari rispetto alle misure interdittive. Infatti, a differenza della direttiva n. 59 che aveva accolto il criterio della tridimensionalità funzionale per le cautele coercitive, la direttiva n. 65, riguardo alle misure interdittive, si limitava ad indicare la necessità dell'individuazione di specifiche esigenze cautelari. I redattori del codice poi, pur nella consapevolezza dell'inidoneità delle misure interdittive a perseguire tutte le finalità di cui all'art. 274 c.p.p., hanno ritenuto di elaborare una disciplina comune, quasi ad evidenziare la centralità della tematica nell'ambito delle misure cautelari personali (così MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*), in *Dig. disc. pen.*, p. 71.

<sup>31</sup> Così, testualmente, PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 244.

Di contrario avviso EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, in *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, p. 388, secondo il quale la parziale sovrapposizione tra la funzione della misura cautelare volta ad evitare il

Non può certo valere a giustificare l'opzione legislativa di cui al decreto 231, il fatto che il destinatario delle cautele sia impersonato da un soggetto collettivo e, di conseguenza, meno pregnanti risultino le situazioni su cui si va ad incidere<sup>32</sup>. Al contrario, siamo dinanzi ad interventi che coinvolgono attività ed interessi fondamentali degli enti, se non la stessa "vita" della persona giuridica, e dunque a posizioni di diritto spesso dotate di tutela costituzionale.

A questo riguardo, risulta imprescindibile una breve ricognizione delle coordinate costituzionali nelle quali vanno inseriti i fenomeni di interdizione cautelare, accertamento non particolarmente lineare già rispetto alle persone fisiche, estremamente più complesso, di conseguenza, riguardo ai soggetti collettivi.

Sebbene non manchino indici in grado di ricondurre le misure cautelari interdittive previste dagli articoli 288-290 c.p.p. – incidenti su *status* soggettivi e posizioni giuridiche legate all'esercizio di determinate attività – nell'area dell'art. 13 Cost.<sup>33</sup>, lo scarso seguito incontrato delle letture volte a conferire maggiore

---

rischio di recidanza e quella particolare funzione della pena connessa a finalità di prevenzione speciale o generale, fa sì che una sanzione possa avere contenuti tali da prestarsi anche ad un utilizzo cautelare. E, considerato che nel sistema del decreto 231, l'unica esigenza valorizzata è proprio il pericolo di reiterazione, non vi sono ragioni per criticare la scelta legislativa di cui trattasi, o la formulazione legislativa che sottolinea come un medesimo istituto possa essere applicato a due titoli diversi, a titolo di sanzione e a titolo di misura cautelare.

In realtà, non si revoca in dubbio che una misura cautelare possa avere il medesimo contenuto di una sanzione, cosa che si verifica anche all'interno del codice di rito, ma si contesta il pedissequo rinvio alle figure sanzionatorie operato dal legislatore del 2001, non solo per ragioni "di immagine" che sottendono i delicati problemi sistematici illustrati nel testo, ma anche per i problemi sistematici che ne derivano (vd. *infra*).

<sup>32</sup> Un meccanismo del genere viene prospettato, sia pur in termini critici, come «meno problematicamente armonizzabile con la presunzione di non colpevolezza, non sussistendo lo "scrupolo" di coscienza" di dover incidere su diritti fondamentali della persona umana», così PRIMICERIO, *Profili applicativi del procedimento cautelare in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1295.

<sup>33</sup> Come noto, al tradizionale orientamento che delinea una nozione rigida di libertà personale, intesa come libera disponibilità del corpo (paradigmatica in tal senso: C. cost., 23 giugno 1956, n. 2, in *Giur. cost.*, 1956, p. 571; nello stesso senso: C. cost., 15 luglio 1959, n. 49, *ivi*, 1959, p. 778; C. cost. 23 marzo 1960, n. 12, *ivi*, p. 1960, p. 113; C. cost., 30 maggio 1963, n. 72, *ivi*, 1963, p. 592; C. cost., 23 aprile 1965, n. 23, *ivi*, 1965, p. 308; C. cost., 24 aprile 1967, n. 52, *ivi*, 1967, p. 328; C. cost., 5 febbraio 1975, n. 23, *ivi*, 1975, p. 102; C. cost., 12 novembre 1987, n. 384, *ivi*, 1987, p. 2772; in dottrina su questa linea: ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, p. 34; GIUL. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 27 s.) si contrappone un'interpretazione estensiva che, in base al criterio della «degradazione giuridica», riporta nel solco dell'art. 13 qualsiasi provvedimento che provochi una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona (cfr. C. cost., 3 luglio 1956, n. 11, in *Giur. cost.*, 1956, p. 612; C. cost., 27 marzo 1962, n. 30, *ivi*, p. 240; C. cost., 30 giugno 1964, n. 68, *ivi*, p. 715; esponente di spicco di questo orientamento in dottrina BARBERA, *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, I, 1962, p. 144, il quale valorizza la personalità morale, la dignità sociale e lo stesso significato primordiale di persona). Ritiene che l'art. 13 Cost. «in sé per sé, [...] offre argomenti sia in favore alla teoria che caratterizza la libertà personale in senso stretto sia delle altre che ne offrono più late definizioni» PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXIV, p. 289.

elasticità alla menzionata norma costituzionale inducono a cercarne *aliunde* il fondamento<sup>34</sup>.

Punto di riferimento obbligato diviene, allora, l'art. 2 Cost., che, nel tutelare i diritti inviolabili dell'uomo, è in grado di fornire copertura a tutte quelle manifestazioni della personalità umana che risultano attinte dalle misure interdittive<sup>35</sup>. La norma, di carattere generalissimo, è destinata poi ad essere integrata da altre disposizioni. Ove si vada ad incidere, per esempio, sull'attività lavorativa del soggetto, assume rilievo l'art. 4 Cost.<sup>36</sup>; oppure, qualora venga limitata la potestà genitoriale, il referente è individuato nell'art. 22 Cost., norma che offre una tutela specifica a situazioni soggettive la cui preesistenza si incardina negli articoli 2 e 3 Cost.<sup>37</sup>.

Se l'inquadramento costituzionale delle cautele interdittive personali può ormai poggiare su basi consolidate<sup>38</sup>, non è agevole riferirsi ai medesimi parametri quando il destinatario dell'intervento cautelare venga ad essere la persona giuridica.

In questo caso, sarebbe del tutto calzante il richiamo alla reputazione – considerata una delle espressioni del diritto all'onore e dunque astrattamente riconducibile alla sfera di cui all'art. 2 Cost.<sup>39</sup> – quale bene suscettibile di essere pregiudicato dall'intervento cautelare interdittivo<sup>40</sup>. Infatti, dando per scontato che la reputazione rappresenti un aspetto qualificante anche dei soggetti collettivi, è proprio su quel bene che le misure interdittive contemplate dal decreto 231/2001 intervengono in modo estremamente incisivo. Si pensi al danno, in termini di immagine, che può derivare all'ente dalla sospensione dell'esercizio dell'attività; l'isolamento dal mercato che ne consegue, oltre alla perdita di occasioni in quel frangente temporale, rende molto difficile la stessa ripresa economica della società, in special modo se opera in regime concorrenziale, a causa della perdita di fiducia del pubblico, dei creditori e degli

---

<sup>34</sup> Per questa conclusione PERONI, *Misure interdittive*, cit., p. 741; MARZADURI, *Misure cautelari*, cit., p. 62.

<sup>35</sup> SCORDAMAGLIA, *L'applicazione provvisoria di pene accessorie*, Napoli, 1980, p. 198.

<sup>36</sup> Sul raggio d'azione di tale norma cfr. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 105.

<sup>37</sup> Così DE SIERVO, Sub artt. 22-23 Cost., in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1978, p. 9.

<sup>38</sup> La ricostruzione accolta nel testo è di PERONI, *Misure interdittive*, cit., p. 740 s.

<sup>39</sup> In questo senso LIOTTA, *Onore (diritto all')*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1958, p. 205.

<sup>40</sup> Ancora PERONI, *Misure interdittive*, cit., p. 741.

investitori<sup>41</sup>. Ed analogo discorso, sebbene in misura minore, vale per le altre misure cautelari.

Il problema, però, sta nel fatto che la reputazione dell'ente, al contrario di quanto avviene per la persona fisica, non può trovare copertura costituzionale nell'art. 2, perchè destinatario della norma è esclusivamente l'uomo, laddove le formazioni sociali vi compaiono solo come luogo di svolgimento della personalità umana<sup>42</sup>. Dunque l'art. 2 Cost. tutela l'uomo all'interno delle formazioni sociali e non le formazioni sociali in quanto tali, e la struttura sintattica della disposizione non sembra lasciare alternative esegetiche di sorta.

Eppure autorevoli costituzionalisti elevano le formazioni sociali alla stregua di soggetti di diritto costituzionale<sup>43</sup>. Sarebbe troppo complesso in questa sede approfondire le variegate interpretazioni in materia di soggettività giuridica<sup>44</sup>, qui interessa accertare se le posizioni di diritto attinte dalle misure interdittive di cui all'art. 9 d.lgs. 231/2001 trovino o meno una copertura costituzionale.

Scartato l'art. 2 Cost. per le regioni esplicitate, l'attenzione si rivolge necessariamente all'art. 18 Cost., baluardo della libertà di associazione. Che tale norma ricomprenda nel suo seno tutte le tipologie di formazioni sociali<sup>45</sup>, se non può considerarsi un'acquisizione pacifica in dottrina<sup>46</sup>, è un assunto che va senza dubbio condiviso. Non vi sarebbero, dunque, problemi rispetto al campo applicativo del decreto 231. La vera questione risiede nel contenuto di libertà enucleabile dall'art. 18 Cost. Infatti, partendo dal presupposto per cui la libertà collettiva dell'associazione non è altro che il prolungamento della libertà

---

<sup>41</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 463.

<sup>42</sup> PACE, *Sub art. 18 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, cit., p. 200.

<sup>43</sup> BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione*, Padova, 1953, p. 14; LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive (Studi ec. giur. Fac. giur. Univ. Cagliari)*, 1953, p. 16; GUARINO, *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, 1967, I, p. 40 ss.

<sup>44</sup> Si dovrebbe ad esempio indagare se chi considera le formazioni sociali quali soggetti di diritto costituzionale intenda far riferimento alla soggettività giuridica in senso proprio, oppure alluda all'insopprimibilità ed essenzialità che caratterizzano quei soggetti (in quest'ultimo senso LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1970, p. 388).

<sup>45</sup> PACE, *Sub art. 18 Cost.*, cit., p. 204; cfr. anche RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966, p. 145, per il quale «il concetto di associazione (giuridicamente rilevante) è così ampio, dalla comunione ereditaria incidentale alla società di capitali fino al cartello industriale, che può accogliere anche i sindacati».

<sup>46</sup> Le associazioni commerciali e, in genere, con finalità economiche rinvengono la loro disciplina nel titolo III della Cost. secondo SICA, *L'associazione nella Costituzione italiana*, Napoli, 1957, p. 47 ss.; i partiti politici altresì sarebbero sottoposti alla sola disciplina costituzionale di cui all'art. 49 per ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 225; secondo GALGANO, *Sub artt. 36-38 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, I, p. 20 ss., vanno escluse dal fenomeno associativo e, di conseguenza sottratte dalla tutela dell'art. 18 Cost., quelle figure che non abbiano una rappresentanza esterna, né un patrimonio autonomo.

individuale di associarsi, la dottrina costituzionalistica nega l'esistenza di diritti del gruppo in quanto tale, teoria quest'ultima che andrebbe a contraddire il dettato dell'art. 2 Cost., così come sopra interpretato<sup>47</sup>.

Se i segnalati problemi esegetici non consentono di affermare con certezza che le formazioni sociali integrino altrettanti soggetti di diritto costituzionale, dotati di una propria sfera di diritti e facoltà, in seguito all'emanazione del d.lgs. 231/2001, però, non è più possibile negare che le stesse costituiscano soggetti (attivi) di diritto penale. Dunque, anche a non voler riconoscere un fondamento costituzionale alle posizioni giuridiche attinte dall'uso dello strumento cautelare ai danni degli enti, non li si può privare, tuttavia, della fondamentale garanzia espressa dall'art. 27 comma 2 Cost.<sup>48</sup>. Ebbene, siffatto riconoscimento assume una portata oltremodo pregnante in ordine alla disciplina delle cautele processuali e rende arduo accettare un *corpus* di misure così pericolosamente contigue rispetto alle sanzioni.

Si tratta di una preoccupazione tutt'altro che teorica, né tantomeno dettata da una sterile ortodossia; infatti, la scelta di delineare misure cautelari mediante un peddissequo rinvio alle corrispondenti figure sanzionatorie ha determinato rilevanti problemi di compatibilità che è stato immediatamente necessario risolvere in campo applicativo.

Scorrendo l'elenco di cui all'art. 9 d.lgs. 231/2001, appare evidente che vi siano fattispecie del tutto inidonee rispetto ad un'applicazione provvisoria in funzione cautelare. Non è difficile avvedersi del fatto che la revoca di autorizzazioni, concessioni o licenze (lett. *b*) nonché la revoca di finanziamenti (lett. *d*) presentino una vocazione di irreversibilità strutturalmente incompatibile con il carattere interinale insito nell'intervento cautelare.

E' stato osservato come il giudizio di «idoneità» che ha condotto ad escludere dal novero delle misure cautelari la pubblicazione della sentenza dovrebbe essere ripetuto per tutte le misure di cui all'art. 9 d.lgs. 231/2001, onde

---

<sup>47</sup> PACE, Sub art. 18 Cost., cit., p. 221; ID., *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, p. 111; ESPOSITO, *Libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, p. 8; BARBERA, Sub art. 2 Cost., in *Commentario della Costituzione*, cit., p. 53 ss., secondo cui la Costituzione ha riconosciuto specifici diritti individuali e non ha invece disciplinato «istituti di libertà». Per una diversa impostazione, BARILE, *Il soggetto privato*, cit., p. 9 ss.; ID., voce *Associazione (diritto di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, p. 839, il quale considera indipendenti i due aspetti della libertà di associazione da una parte e *delle* associazioni dall'altra.

<sup>48</sup> Come anticipato, l'operatività della norma costituzionale prescinde anche dalla natura che si ritiene di dover attribuire alla responsabilità degli enti secondo la Cedu (vd. *supra*, nt. 13).

saggiarne l'adeguatezza rispetto ad un impiego in funzione cautelare<sup>49</sup>. Si torna a dire che un simile controllo avrebbe dovuto effettuarlo a monte il legislatore; in mancanza, l'interprete si è trovato costretto ad elaborare un'esegesi adeguatrice che dissimula a stento una certa difficoltà.

A due anni dall'entrata in vigore della legge, era stata sollevata una duplice eccezione di illegittimità costituzionale riguardante la misura della revoca dei finanziamenti già concessi (art. 9 lett *d*), in relazione agli articoli 3, 13 e 27 comma 2 Cost., perché priva dei requisiti di provvisorietà e strumentalità che devono caratterizzare gli strumenti cautelari; nonché in relazione all'art. 76 Cost., sul presupposto di un eccesso di delega rispetto all'art. 111 comma 2 lett. *l*) della legge n. 300/2000, che imponeva l'inserimento di misure cautelari di carattere temporaneo, mentre l'attuazione della delega avrebbe finito per inserire provvedimenti di carattere definitivo.

Il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Salerno<sup>50</sup>, nel respingere l'eccezione, ha fornito una lettura correttiva tesa a considerare la revoca alla stregua di una sospensione, più precisamente «una parentesi che determina per il periodo individuato dal giudice nell'ambito temporale indicato dal legislatore, la sospensione dell'efficacia del finanziamento in vista della revoca da adottarsi esclusivamente con la sentenza di condanna».

Una simile lettura consente di superare quelle interpretazioni radicali che, invece, escludono l'applicabilità della revoca dei finanziamenti in sede cautelare<sup>51</sup>. Tuttavia, fermo restando l'apprezzamento per il meccanismo di recupero sperimentato dal giudice di merito, la ricostruzione accolta nell'ordinanza viene contestata da chi considera la revoca dei finanziamenti pubblici di cui alla lettera *d* dell'art. 9 non una sanzione autonoma, bensì parte di una sanzione complessa il cui nucleo principale è costituito dall'esclusione dei finanziamenti stessi. Valorizzando la struttura della norma<sup>52</sup>, la fattispecie sanzionatoria viene interpretata in questi termini: l'esclusione dai finanziamenti opera come incapacità temporanea a beneficiare di tali contributi, e, siccome

<sup>49</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 459.

<sup>50</sup> Ord. 28 maggio 2003, Soc. Ivam, in *Cass. pen.*, 2004, p. 266.

<sup>51</sup> CERESA-GASTALDO, *Il "processo alle società"*, cit., p. 42 s; PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 248.

<sup>52</sup> In particolare, si fa notare che se il legislatore avesse voluto prevedere due autonome e alternative sanzioni, consistenti nell'esclusione ovvero della revoca dei finanziamenti, avrebbe usato la medesima espressione contenuta nella precedente lett. *b* dell'art. 9, in cui si prevede espressamente il ricorso in via alternativa alla revoca o alla sospensione di autorizzazioni licenze e concessioni; inoltre si pone l'accento sulla "eventualità" della revoca.

sarebbe illogico che nel periodo di interdizione l'ente potesse ricevere i sussidi già deliberati, è prevista l'eventuale revoca quale sanzione di completamento; anche perché un provvedimento di revoca può avere senso solo per i benefici deliberati e non ancora materialmente erogati, non certo per i finanziamenti già percepiti<sup>53</sup>. Le ricadute di tale ricostruzione sul piano cautelare vedono l'esclusione delle agevolazioni ridotta ad inibizione temporanea con eventuale sospensione dei finanziamenti in corso di erogazione.<sup>54</sup>

Le ricostruzioni appena illustrate – non scevra da una certa complessità la seconda, e caratterizzata da una vera e propria creatività la prima - dimostrano quali problemi abbia determinato la scelta di sovrapporre perfettamente cautele e sanzioni. Pur valorizzando il disposto di cui all'art. 51 del decreto - che fissa il principio generale della temporaneità delle misure cautelari e, di conseguenza, conferisce di per se stesso alle misure richiamate dall'art. 45 un carattere interinale, fungendo come una sorta di griglia di passaggio delle sanzioni previste dall'art. 9 dalla fase definitiva a quella cautelare - bene avrebbe fatto il legislatore a riprodurre in quella sede i soli provvedimenti di sospensione, o comunque a costruire cautele specifiche, così neutralizzando *in nuce* il pericolo di disinvolute applicazioni derivanti da un'equivoca *littera legis*.

Stabilito che il richiamo alle sanzioni interdittive operato dall'art. 45 d.lgs. 231/2001 vada inteso come riguardante le sole tipologie sanzionatorie compatibili con una applicazione cautelare, un'altra aporia del sistema viene individuata nel difetto di determinatezza che sembra colpire la più grave tra le misure previste: l'interdizione dall'esercizio dell'attività. La carenza risiede nel fatto che oggetto dell'azione cautelare si configura l'esercizio dell'attività, designata nel suo complesso, né si può confidare nel correttivo di cui all'art. 14 comma 1 d.lgs. 231<sup>55</sup>, che limita l'intervento sanzionatorio alla specifica attività cui si riferisce l'illecito dell'ente, in quanto la norma non opererebbe nell'ambito delle cautele, ove, *ratione specialitatis*, vale l'apposita disposizione di cui all'art. 46<sup>56</sup>.

Si tratta, in questo caso, di una preoccupazione eccessiva. Non sembrano esserci, infatti, particolari ostacoli a riconoscere l'applicazione del criterio guida

---

<sup>53</sup> Ricostruzione di FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 461.

<sup>54</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 462.

<sup>55</sup> Sulla portata della norma, vd. *infra*, par. 5.

<sup>56</sup> Così PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 247.

di cui all'art. 14 comma 1 anche in sede cautelare<sup>57</sup>. L'art. 46 d.lgs. 231/2001 riproduce i tradizionali criteri che devono guidare il giudice nella scelta tra le diverse misure cautelari, ciò non toglie che, una volta selezionata la misura da applicare sulla base dei parametri di adeguatezza e proporzionalità, si possa far riferimento alle preziose indicazioni dell'art. 14 per stabilire le concrete modalità di attuazione della misura prescelta<sup>58</sup>.

### 3. I presupposti di applicazione.

#### 3.1. Gravi indizi di colpevolezza.

Il primo presupposto per l'applicazione di misure cautelari interdittive a carico dell'ente – parametrato sull'art. 273 c.p.p. – è costituito dalla sussistenza di gravi indizi di responsabilità.

Sgombrando il campo da questioni i cui approdi, ormai consolidati rispetto alla normativa codicistica, possono essere importati anche nel nuovo sistema, per il concetto di indizi si può fare affidamento sulla copiosa giurisprudenza formatasi in relazione all'art. 273 c.p.p. e indirizzatasi nel filone interpretativo che definisce gli indizi quali «elementi a carico di natura logica o rappresentativa la cui consistenza consente di prevedere che, attraverso la futura acquisizione di nuovi elementi, saranno idonei a dimostrare [la] responsabilità, fondando nel frattempo [...] una qualificata probabilità di colpevolezza»<sup>59</sup>.

Inoltre, non sembra potersi revocare in dubbio l'applicazione, anche in questa sede, delle norme inserite nell'art. 273 comma 1 *bis* c.p.p. dalla legge n. 63/2001<sup>60</sup>. Anche la delibazione prognostica avente ad oggetto la responsabilità dell'ente collettivo, dunque, dovrà seguire le regole di giudizio contemplate negli articoli 192/2 e 3, 195/7, 203 e 271 c.p.p., qualora gli elementi indiziari

<sup>57</sup> In questo senso, GENNAI-TRAVERSI, *La responsabilità degli enti*, Milano, 2001, p. 225; BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 274 s.; PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 152.

<sup>58</sup> L'unica disposizione ad essere espressamente derogata è il comma 3 dell'art. 14 che consente il cumulo delle sanzioni interdittive, laddove l'art. 46 comma 4 lo vieta in sede cautelare.

<sup>59</sup> Obbligato il riferimento a Sez. Un., 21 aprile 1995, Costantino ed altro, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2837 con nota di BUZZELLI, *Chiamata in correità ed indizi di colpevolezza ai fini delle misure cautelari nell'insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.*, espressamente richiamata, con riferimento agli enti, da Trib. Milano 14 dicembre 2004, Soc. C., in *Foro it.*, 2005, p. 357 e G.i.p. Tribunale Roma, 21 novembre 2002, F., in *Foro it.*, 2004, p. 326.

<sup>60</sup> In questo senso FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 471; EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, cit., p. 396; FRANZONI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 150.



dovessero scaturire da una chiamata in correità, da una testimonianza indiretta in cui risulta ignota la fonte delle notizie, dalle dichiarazioni degli informatori di polizia o, infine, da intercettazioni inutilizzabili<sup>61</sup>

In particolare, l'ipotesi in cui l'ente venga ad essere accusato da un imputato in procedimento connesso è prefigurata come non infrequente<sup>62</sup>, ma proprio a questo riguardo si pone un delicato problema che va peraltro ad intersecarsi con la complessa disciplina di cui all'art. 44 del decreto 231<sup>63</sup>, disciplinante le ipotesi di incompatibilità a testimoniare. Bisognerebbe infatti capire quando ci si trovi dinanzi alla figura dell'imputato in un procedimento connesso nel composito contesto che coinvolge gli enti. In particolare, la connessione o il collegamento devono sussistere in relazione ai reati presupposto oppure alla complessa fattispecie di illecito imputabile all'ente? Si tratta di interrogativi per la cui soluzione bisognerà attendere le risposte della prassi.

Se il *fumus commissi delicti* quale primo presupposto per l'esercizio della coercizione cautelare nei confronti dell'ente non assume tratti specializzanti quanto al parametro indiziario, il percorso valutativo che il giudice è chiamato a compiere si presenta, in questo contesto, assai più articolato rispetto a quello necessario per le cautele personali. Tale maggiore complessità, del resto, non è altro che l'inevitabile conseguenza della struttura composita che caratterizza l'illecito attribuibile all'ente. Se la sottoposizione a cautela presuppone una prognosi sulla responsabilità del soggetto collettivo, tale giudizio prognostico non può che investire tutti i molteplici elementi che concorrono a fondarla.

Il discorso sembrerebbe addirittura ovvio nella sua linearità, tuttavia l'articolato normativo, in special modo per come sta prendendo forma nei suoi primi anni di applicazione, presenta alcuni nodi interpretativi che è stato necessario chiarire.

Prima ancora di addentrarsi nelle dinamiche della valutazione del giudice, per evidenziarne i singoli passaggi, è necessario risolvere un problema di carattere preliminare che deriva da un'apparente lacuna normativa.

---

<sup>61</sup> Vd *supra*, nt. 23.

<sup>62</sup> Così FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 472.

<sup>63</sup> Dipinto come "vero e proprio rompicapo ermeneutico" da GIARDA, *Sub art. 44 d.lgs. 231/2001*, in AA. VV., *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di Giarda-Mancuso-Spangher-Varraso, Napoli, 2007, p. 513. Per un approfondimento su questa disposizione si rinvia a FERRUA, *Il processo penale contro gli enti*, cit., p. 1481; FIDELBO, *La testimonianza: casi di incompatibilità*, in *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 441.

Nel sistema cautelare di cui al d.lgs. 231/2001 non compare una disposizione analoga a quella contemplata dagli articoli 280 e 287 del codice di rito. Come noto, tali disposizioni prevedono, per le misure cautelari personali, limiti di applicabilità collegati alla misura della sanzione stabilita, individuando così una griglia di fattispecie in relazione alle quali, ricorrendo gli altri presupposti, è consentito l'uso dello strumento coercitivo.

L'art 45 del decreto 231, invece, si limita a sancire l'impiego delle sanzioni interdittive come misure cautelari senza, però, specificare quali illeciti contestati all'ente - o meglio quali tra le ipotesi delittuose che stanno alla base della fattispecie complessa imputabile all'ente - ammettono l'intervento cautelare, nonché se a ciascuno dei reati presupposto conseguano tutte le tipologie sanzionatorie contemplate dall'art. 9.

Il problema scaturisce dal fatto che delle fattispecie ricomprese nel catalogo normativo, non tutte comportano il ricorso all'armamentario interdittivo: molte vengono sanzionate con la sola pena pecuniaria<sup>64</sup>, altre comportano l'applicazione di alcune soltanto tra le sanzioni interdittive, con esclusione di quelle più gravi<sup>65</sup>.

La domanda, a questo punto intuitiva, è la seguente: ove l'illecito attribuibile all'ente derivi da una fattispecie base che non contempli una determinata sanzione interdittiva, può quella stessa sanzione applicarsi quale misura cautelare?

La risposta sembrerebbe parimenti intuitiva, eppure è di pochi mesi fa una pronuncia della Cassazione<sup>66</sup> che è stata costretta a ribadire un principio evidentemente non così scontato, o forse volutamente ignorato, nella prassi applicativa.

Il Tribunale di Benevento, confermando in sede d'appello l'ordinanza applicativa della misura cautelare dell'interdizione temporanea dell'esercizio dell'attività ad un'impresa di lavorazione del legno in riferimento al reato di cui all'art. 640 *bis*, aveva stabilito l'ammissibilità della suddetta misura rispetto a

---

<sup>64</sup> Si tratta delle fattispecie di cui agli artt. 318, 321 e 322 commi 1 e 3 c.p.; i nuovi reati in materia di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione di mercato e tutti i reati societari, tra cui rientrano fattispecie che avrebbero meritato un trattamento sanzionatorio più severo ( per questa opinione FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 467).

<sup>65</sup> Le ipotesi di cui agli artt. 316 *bis*, 316 *ter*, 640 comma 2 n. 1, 640 *bis* e 640 *ter* c.p. non comportano l'applicazione della sanzione dell'interdizione dall'esercizio dell'attività e della sospensione e revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito.

<sup>66</sup> Sez. II, 12 marzo 2007, D'A., in *Guida dir.*, 2007, n. 18, p. 82.

qualsiasi tipologia d'illecito, a prescindere dell'astratta previsione della stessa quale sanzione definitiva riguardo a quello specificamente contestato. Investito della questione, il giudice di legittimità ha espresso a chiare lettere il principio per cui è esclusa l'adozione, in via cautelare e anticipata, di sanzioni interdittive che non potranno essere applicate in via definitiva all'esito del giudizio di merito, perché non contemplate in relazione al tipo di illecito; ciò in virtù dei principi di adeguatezza, proporzionalità e gradualità sanciti nell'art. 46 del d.lgs. 231/2001<sup>67</sup>.

Una simile lettura, di così piana evidenza che risulta difficile non pensare ad un "voluto" travisamento delle norme<sup>68</sup>, era già stata fatta propria, sia pur con diverse sfumature, dalla dottrina.

La ricostruzione più corretta appare quella che eleva la questione di limiti di applicabilità delle misure cautelari a pregiudiziale indefettibile rispetto alla verifica circa la sussistenza della gravità indiziaria e del pericolo di reiterazione. Si recupera così quel presupposto che nel codice trova espressione negli articoli 280 e 287 e che, invece, non risulta esplicitamente sancito nel *corpus* della normativa speciale, pur essendo enucleabile dai principi fondanti il sistema cautelare.

Infatti, è la stessa natura dell'intervento cautelare ad escludere la possibilità che la misura provvisoria possa ottenere qualcosa in più rispetto a ciò che è possibile perseguire con la sentenza definitiva<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> In senso conforme si era già pronunciata, nell'ambito di questioni più articolate: sez. VI, 23 giugno 2006, La Fiorita, in *Cass. pen.*, cit., p. 84; nella giurisprudenza di merito cfr. G.i.p. Trib. Milano, 20 settembre 2004, Ivri Holding, in *Foro it.*, 2005, II, p. 567; G.i.p. Trib. Salerno, 20 marzo 2003, Ivam, cit.

<sup>68</sup> In effetti, il Tribunale di Benevento ha sostenuto l'applicabilità in funzione cautelare della più grave sanzione interdittiva anche rispetto a reati non punibili con quella specifica sanzione, in virtù di una bizzarra e forzata interpretazione dell'art. 46 comma 3 d.lgs. 231/2001, in base al quale "l'interdizione dall'esercizio dell'attività può essere disposta in via cautelare quando ogni altra misura risulti inadeguata". Valorizzando tale disposto, il Tribunale è giunto alla conclusione per cui, ove dovessero ricorrere le circostanze descritte dalla norma citata, la misura cautelare in questione potrebbe essere applicata anche se non ne sussistano tutti i requisiti di irrogazione.

La Suprema Corte ha correttamente rilevato come "il principio di gradualità di cui all'art. 46 comma 3 trovi attuazione nell'ambito, e non già al di fuori, dei presupposti di applicazione delle misure cautelari; anzi proprio perché l'interdizione dall'attività deve costituire l'*extrema ratio*, la sua adozione deve presupporre una prognosi positiva circa la possibilità di applicare con la sentenza di condanna la sanzione interdittiva più grave".

<sup>69</sup> Così, testualmente, FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 466 e ss., il quale evidenzia la conseguente riduzione dell'ambito applicativo delle misure cautelari, date le scelte sanzionatorie del legislatore, le quali, pertanto, dovrebbero essere dosate con particolare sensibilità, perché da quelle opzioni dipende la latitudine operativa delle cautele.

Sulla stessa linea, CERESA-GASTALDO, *Il "processo alle società"*, cit., p. 39, che parla di "limite intrinseco", cui è assoggettato il ricorso alla coercizione cautelare, derivante dallo stretto rapporto costruito dal legislatore tra sanzione applicabile e misura cautelare; EPIDENDIO, *Misure cautelari*, cit., p. 400, che giunge alla medesima conclusione, ponendola però quale principio di chiusura.

V'è chi fa derivare tale assunto dal principio generale espressamente ribadito dall'art. 46 del decreto, che impone un rapporto di proporzionalità tra la misura cautelare e l'entità del fatto nonché la sanzione che si ritiene che possa essere applicata all'ente<sup>70</sup>. Quest'ultimo va certamente a corroborare la conclusione cui si è giunti, tuttavia il vaglio circa i limiti astratti di applicabilità delle misure cautelari deve necessariamente precedere quello sulla proporzionalità, a meno che non si ritenga che tale criterio operi non come settore interno tra le varie misure cautelari, bensì quale criterio atto ad individuare gli stessi illeciti per i quali è consentiti l'esercizio del potere cautelare<sup>71</sup>.

Al di là delle impercettibili sfumature appena sottolineate, la conclusione, incontestabile, è quella di ritenere preclusa l'applicazione dell'interdizione-misura cautelare quando il titolo di reato non rientri fra quelli per cui è espressamente prevista l'interdizione come sanzione.

Chiarito questo aspetto preliminare, è ora possibile analizzare il percorso valutativo cui il giudice investito della richiesta cautelare è chiamato, in particolare con riguardo al *fumus* di responsabilità dell'ente.

Come accennato in precedenza, la prognosi di colpevolezza deve investire i singoli elementi che delineano la complessa fattispecie delittuosa imputabile all'ente. E' anche questa una conclusione che parrebbe scontata, perché insita nella natura stessa del giudizio cautelare, proiettato verso un probabile riconoscimento di colpevolezza in esito alla decisione finale. Tuttavia, le variabili che concorrono a fondare l'illecito dell'ente sono tali e tante e così articolatamente combinate che il vaglio prognostico del giudice risulta estremamente composito e suscettibile di determinare alcuni dubbi.

Anche in questo caso, i sintomi delle difficoltà interpretative del testo di legge si possono riscontare nella prassi applicativa.

Funge da *leading case* una complessa vicenda riguardante un'associazione a delinquere finalizzata all'aggiudicazione di appalti di servizi di pulizia ed ausiliario, banditi da alcuni enti pubblici del settore sanitario pugliese, che ha

---

Propone una ricostruzione in parte diversa, sia pur nella sostanza analoga, PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 250 s., il quale vede i limiti di applicabilità delle misure cautelari assorbiti nel presupposto del *fumus commissi delicti*: « se l'esercizio della potestà interdittiva nei confronti dell'ente postula un *fumus* di responsabilità del medesimo per un illecito amministrativo dipendente da reato [...] dovrà trattarsi di reato per il quale la legge precede espressamente l'applicazione di sanzioni interdittive».

<sup>70</sup> BRICHETTI, *Le misure cautelari*, cit., p. 276.

<sup>71</sup> Così criticamente FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 466.

visto protagoniste due società locali. In particolare, le due società erano state sottoposte, con ordinanza del Giudice delle indagini preliminari di Bari, confermata dal Tribunale, alla misura cautelare della sospensione per un anno dall'esercizio dell'attività, perché gravemente indiziate degli illeciti amministrativi dipendenti dai reati di truffa aggravata ai danni dello Stato e corruzione. La particolarità, che ha occasionato l'intervento chiarificatore della Suprema Corte<sup>72</sup>, deriva dal fatto che l'ordinanza applicativa della misura cautelare a carico delle società era stata motivata *per relationem* rispetto a quella che aveva disposto la misura custodiale ai danni degli indagati per i reati presupposto.

Ebbene, un simile modo di operare, correttamente censurato dalla Cassazione, offre lo spunto per iniziare il nostro percorso lungo le singole tappe attraverso cui deve snodarsi la valutazione del giudice cautelare.

Infatti, il vaglio circa la consistenza indiziaria in ordine al reato base non è che uno, precisamente il primo, dei molteplici presupposti oggetto della verifica giudiziale. Il giudice dovrà accertare, cioè, la presumibile commissione di un reato ricompreso tra quelli tassativamente indicati dal decreto come fondanti la responsabilità dell'ente (artt. 24 s. d. lgs. 231/2001); il passaggio immediatamente successivo è quello di vagliare se il suddetto reato sia stato realizzato da un soggetto che rivesta nell'ente una posizione apicale (rappresentanza, amministrazione, direzione, gestione o controllo di fatto: art. 5 lett. a) o, in alternativa, che si trovi in rapporto di sottoposizione rispetto alle persone in posizione apicale. Occorre precisare che la verifica riguardante il reato presupposto non deve necessariamente investire tutti i suoi elementi costitutivi, ma solo il fatto tipico, poiché, in virtù del principio di autonomia sancito dall'art. 8 lett. a) d.lgs. 231/2001, non si richiede per la responsabilità l'individuazione dell'imputato persona fisica, ma solo la riferibilità del fatto materiale ad uno dei due livelli organizzativi apicale e subordinato descritti dagli articoli 6 e 7 del decreto.

A questo punto, la valutazione del giudice deve indirizzarsi sugli elementi costitutivi propri dell'illecito amministrativo. In altri termini, una volta accertata la presumibile realizzazione di uno dei reati presupposto da parte di un soggetto

---

<sup>72</sup> Sez. VI, 23 giugno 2006, Duemila, in *Cass. pen.*, 2007, cit., p. 87.

qualificato, il giudice deve valutare se ricorrano quelle condizioni che dal reato base permettono di configurare la responsabilità diretta dell'ente.

Ciò dimostra che la qualificata probabilità di attribuzione di un delitto alla persona fisica è elemento necessario ma non sufficiente per fondare la qualificata probabilità di attribuzione dell'illecito amministrativo dipendente da reato all'ente stesso, tanto che tra giudizio di gravità indiziaria *ex art. 45 d.lgs. 231/2001* e quello *ex art. 273 c.p.p.* può configurarsi un rapporto di inclusione<sup>73</sup>. Ecco perché un'ordinanza cautelare applicativa di misure interdittive a carico del soggetto collettivo ben potrà rinviare al provvedimento cautelare destinato alla persona fisica per la sussistenza di gravi indizi in ordine al reato presupposto, ma sarà affetta da nullità ove, mediante quel rinvio, pretendesse di coprire *in toto* l'onere motivazionale dell'ordinanza emessa a carico dell'ente<sup>74</sup>. Quest'ultima dovrà giustificare l'irrogazione della cautela in capo all'ente, mediante l'accertamento delle condizioni suscettibili di fondare in chiave prognostica la responsabilità collettiva.

Pertanto, innanzitutto, sul piano oggettivo, il giudice è chiamato a controllare se il reato presupposto sia stato commesso nell'interesse e a vantaggio<sup>75</sup> dell'ente, secondo il parametro di imputazione di cui all'art. 5 d.lgs. 231/2001 e correlativamente se l'agente persona fisica abbia invece agito

<sup>73</sup> In questi termini EIPENDIO, *Le misure cautelari*, cit., p. 398.

<sup>74</sup> Per ribadire la validità di tale ricostruzione, ove ce ne fosse bisogno, si può ipotizzare un parallelismo con il rapporto intercorrente tra ordinanza cautelare ed ordinanza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo. La giurisprudenza ammette che la prima possa essere motivata mediante il richiamo alle indicazioni contenute nella seconda (cfr. C 28 maggio 1997, Frattali, in A. n. proc. pen., 1998, p. 289; C 24 settembre 1996, Cordelli, in A. n. proc. pen., 1997, p. 237) ma, ovviamente, solo con riferimento ad alcuni degli elementi che compongono un'ordinanza cautelare, quali la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza oppure la descrizione sommaria del fatto. Il richiamo per *relationem* al provvedimento di convalida dell'arresto o del fermo non potrebbe mai coprire l'intero apparato motivazionale dell'ordinanza cautelare, ma solo una porzione della stessa, analogamente a quanto può verificarsi nel contesto in esame.

<sup>75</sup> La Cassazione, rifacendosi a quanto si legge nella Relazione alla legge, ha fornito preziose indicazioni circa il significato da attribuire a tali requisiti, precisando che l'interesse va valutato *ex ante*, laddove il vantaggio richiede una verifica *ex post*. Questa interpretazione è supportata oltre che dalla *littera legis*, che presenta una congiunzione disgiuntiva, anche dal fatto che sul piano giuridico i due vocaboli esprimono concetti diversi: "potendosi distinguere un interesse "a monte" della società alla locupletazione – prefigurata, pur se di fatto, eventualmente, non più realizzata – in conseguenza dell'illecito, rispetto ad un vantaggio obiettivamente conseguito all'esito del reato, persino se non espressamente diviso *ex ante* dall'agente" (così sez. II, 20 dicembre 2005, Jolly Mediterraneo, in *Guida dir.*, 2006, n. 15, p. 61).

Considerano, invece, la locuzione un'endiadi PULITANÒ, *La responsabilità «da reato»*, cit., p. 425; MANNA, *La responsabilità amministrativa*, cit., p. 1114.

Sul punto, diffusamente, DI GIOVINE, *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 63 ss.; cfr., ASTROLOGO, *Interesse e vantaggio quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs. n. 231/2001*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 649.

nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, circostanza idonea ad escludere la responsabilità collettiva.

Se poi l'illecito amministrativo accede ad un reato base posto in essere da un soggetto in posizione subalterna, la valutazione del giudice dovrà investire anche il parametro soggettivo della colpa di organizzazione, poiché in tal caso la responsabilità dell'ente è configurabile solo ove la fattispecie delittuosa sia stata cagionata dalla violazione degli obblighi di direzione e vigilanza (art. 7).

Fin qui il discorso sembra mantenere una certa linearità – sebbene si torni a sottolineare come quegli stessi approdi cui appare scontato pervenire hanno richiesto, nella prassi applicativa, interventi chiarificatori da parte del Supremo giudice - il quadro si complica nel momento in cui il sistema cautelare va a misurarsi con il variegato articolato di esimenti accordate all'ente collettivo.

Se la legge prevede elementi impeditivi della responsabilità degli enti, è chiaro che di quegli elementi il giudice, nell'ambito della sua valutazione prognostica, deve provvedere a vagliare l'insussistenza.

Bisognerà, dunque, escludere – come già anticipato - che le persone fisiche presunte autrici del reato presupposto abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi (art. 5 comma 3). Inoltre, andrà sottoposta a controllo la mancata attuazione *ante factum* di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e, in caso di reato di commesso da soggetto in posizione apicale, occorrerà accertare l'assenza delle ulteriori condizioni richieste dall'art. 7: affidamento dei poteri di iniziativa e controllo ad un organo dell'ente dotato di autonomi poteri, commissione del reato con elusione fraudolenta dei suddetti modelli nonché la sufficiente vigilanza da parte dell'organo di controllo.

Se appare scontato che su ciascuno degli elementi descritti debba discendere il vaglio giudiziale, le difficoltà nascono nel momento in cui il giudice si trovi a dover stabilire su quale parte grava l'onere probatorio circa all'avvenuta adozione dei modelli. Si tratta di un aspetto molto delicato la cui complessità, derivante da come è congegnato il reticolo delle esimenti, induce a dedicarvi un' apposita trattazione cui si rinvia<sup>76</sup>.

Continuando nell'analisi della prognosi cautelare, residua un ultimo aspetto da chiarire.

---

<sup>76</sup> Vd. *infra*, cap. III, par. 3.3.

La questione verte sull' operatività, anche in sede cautelare, dell'art. 13 d.lgs. 231/2001 nella parte in cui prescrive le condizioni che consentono di infliggere le sanzioni interdittive: ovvero il conseguimento da parte dell'ente di un profitto di rilevante entità oppure, in alternativa, la reiterazione degli illeciti. L'ultimo comma della disposizione, inoltre, richiamando l'art. 12 comma 1, esclude l'adozione di siffatte sanzioni nei casi in cui l'autore del reato abbia commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne abbia ricavato vantaggio o ne abbia tratto un vantaggio minimo, oppure il danno patrimoniale cagionato sia di particolare tenuità.

Ebbene: le condizioni descritte vanno rispettate anche ove le sanzioni interdittive debbano essere disposte quali misure cautelari?

Tanto la giurisprudenza<sup>77</sup> quanto la dottrina<sup>78</sup> hanno dato risposta affermativa al prospettato quesito, ritenendo che l'art. 13 sottenda un controllo sulla legittimità stessa dell'uso dello strumento interdittivo in funzione cautelare. Ciò risulta indispensabile per assicurare quel collegamento tra sanzione definitiva e misura cautelare che caratterizza l'intero d.lgs. 231/2001, oltre a porsi quale conseguenza necessaria del principio di proporzionalità, insito nel sistema delle cautele ed enunciato espressamente anche per gli enti (art. 46 comma 2).

In definitiva, tale conclusione è ancora una volta il portato di caratteristiche immanenti al sistema cautelare. Non potendosi imporre a titolo provvisorio ed anticipato una misura più afflittiva della sanzione che si presume possa essere irrogata a titolo definitivo e, a maggior ragione, non potendosi applicare come cautela una interdizione che sia del tutto preclusa quale pena definitiva, va da sé che il giudice, in sede cautelare, è chiamato ad operare un vaglio circa il possibile esito del giudizio principale, sotto lo specifico profilo della pena che verrà

---

<sup>77</sup> Sez. II, 20 dicembre 2005, Jolly Mediterraneo Srl, cit.; sez. VI, 23 giugno 2006, Duemila e La Fiorita, cit.

<sup>78</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 473; CERESA-GASTALDO, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappicchelli, 2002, p. 39; BALDUCCI, *Misure cautelari interdittive e strumenti riparatorio-premiali nel nuovo sistema di responsabilità "amministrativa" a carico degli enti collettivi*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 580; MOSCARINI, *Le cautele interdittive*, cit., p. 1116; PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 248, il quale, tuttavia, rileva come si venga a determinare un presupposto edittale del tutto singolare, poiché l'intervento cautelare, invece di essere collegato a soglie edittali predeterminate, si riconnette ad elementi della condotta dell'ente che dovrebbero essere oggetto di valutazione solo in sede di applicazione sanzionatoria, perché ormai accertati, e non nel giudizio cautelare.

Voce isolata quella di FRANZONI, *Il sistema delle sanzioni*, cit., p. 132, la quale legge nell'art. 13 un "ulteriore poderoso argine" all'applicazione di sanzioni interdittive in funzione cautelare, data l'estrema genericità del dettato normativo che presumibilmente indurrà il giudice il più delle volte ad escludere la ricorrenza del profitto di rilevante entità.



applicata. Ciò risulta tanto più accentuato in un sistema dove vige un pieno parallelismo tra cautele e sanzioni definitive.

Dunque, nell'ordinanza cautelare il giudice, oltre ai presupposti tipici contemplati nell'art. 45, dovrà dar conto del ricorrere di almeno una delle due condizioni dettate dall'art. 13 sopra ricordate<sup>79</sup> e, poiché l'art. 13 comma 3 esclude l'applicazione di sanzioni interdittive ove si realizzino le condizioni di cui all'art. 12 comma 1, per disporre la misura cautelare si dovrà anche escludere che l'autore del reato abbia commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne abbia tratto un vantaggio o ne abbia ricavato un vantaggio minimo oppure che il danno patrimoniale cagionato sia di particolare tenuità.

Tirando le fila del discorso, ciascuno degli elementi che concorrono a fondare la responsabilità del soggetto collettivo devono essere investiti da una consistenza indiziaria tale da legittimare l'intervento cautelare. Si scandiscono, così, le tappe di un percorso valutativo particolarmente complesso che, però, come più volte ribadito, costituisce il frutto della combinazione tra le caratteristiche proprie della prognosi cautelare e la composita struttura dell'illecito ascrivibile all'ente.

### 3.2. *Il pericolo di reiterazione*

Come anticipato, il d.lgs. 231/2001 adotta un modello cautelare monofunzionale, privilegiando, tra le esigenze di cui all'art. 274 c.p.p., esclusivamente il pericolo di reiterazione degli illeciti.

Implicita l'impossibilità di riprodurre il pericolo di fuga<sup>80</sup>, suscita qualche perplessità la mancata considerazione dell'esigenza istruttoria<sup>81</sup>. Una simile finalità è stata ritenuta non incompatibile, ma di difficile determinazione rispetto al soggetto collettivo ed, in ogni caso, perseguibile mediante un intervento che

---

<sup>79</sup> Riguardo alla nozione di profitto rilevante ai fini cautelari ai sensi dell'art. 13, la Cassazione ha precisato che lo stesso ha un contenuto più ampio di quello di profitto inteso come utile netto e che vale ai fini della confisca, rientrandovi anche vantaggi non immediati, comunque conseguiti attraverso la realizzazione dell'illecito. Per esempio il giudizio di rilevante entità non discende automaticamente dal valore del contratto o dal fatturato ottenuto a seguito del reato, seppur tali importi ne siano, ove rilevanti, importante indizio (cfr. sez. VI, 23 giugno 2006, La Fiorita, cit.; sez. II, 20 dicembre 2005, Jolly Mediterraneo, cit.).

<sup>80</sup> C'è chi prospetta una possibile assimilazione tra la fuga e quelle forme di trasformazione attraverso le quali l'ente potrebbe sottrarsi al processo oppure quelle forme di dispersione dei beni con cui far fronte alle proprie responsabilità, per concludere, tuttavia, nel senso che dette esigenze risultano salvaguardate dalle norme del decreto in tema di vicende modificative dell'ente (capo II - sezione II) nonché dagli strumenti di cautela reale (così EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, cit., p. 416).

<sup>81</sup> In generale, per la compatibilità delle cautele interdittive rispetto a fini di tutela del materiale probatorio cfr. PERONI, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, Milano, 1992, p. 132 ss.

colpisca l'autore del reato presupposto<sup>82</sup>. Sui rapporti tra azione cautelare a carico dell'ente e quella ai danni della persona fisica imputata del reato base si tornerà in seguito<sup>83</sup>, per il momento interessa indagare se la scelta di non riprodurre, tra le esigenze cautelari, il pericolo probatorio sia funzionale all'efficacia del sistema.

E' ovvio che l'ente non possa realizzare condotte volte ad alterare il quadro probatorio e che le stesse prendano forma attraverso l'agire dei soggetti che operano all'interno dell'ente stesso. Ma, in questo caso, non si tratta di sondare fino a che punto possa giungere il meccanismo di immedesimazione organica<sup>84</sup>, né di proporre una grottesca personificazione dell'ente, il problema riveste una natura eminentemente pratica. Se l'impresa è indagata per la commissione di un determinato illecito e vi sia il fondato pericolo che i suoi operatori possano inquinare il quadro probatorio, in alcuni casi sarebbe forse più efficace disporre la sospensione dell'esercizio dell'attività, onde neutralizzare le occasioni per mettere in pratica le condotte inquinanti, piuttosto che agire sui singoli soggetti dell'impresa.

La costruzione ipotizzata presta il fianco ad alcune obiezioni. La sospensione dell'attività di un'impresa - con tutti i costi che ne derivano, non solo per l'impresa stessa, ma anche per i dipendenti e per le ricadute sul sistema economico - potrebbe essere ritenuta una misura troppo afflittiva rispetto all'esigenza di prevenire il pericolo di inquinamento probatorio.

Inoltre, se anche l'applicazione della misura di cui all' 9 lett. a d.lgs. 231/2001 è subordinata alla logica dell'*extrema ratio*, parametro espressamente richiamato nell'art. 46 comma 3, tuttavia l'interdizione dall'esercizio dell'attività - a parere di chi scrive - sembra essere l'unica misura adeguata rispetto all'esigenza di preservare la genuinità della prova e, di conseguenza, ove si profilasse tale *periculum*, la scelta del giudice cautelare sarebbe affetta da un sostanziale automatismo, che, però, troverebbe un correttivo nel vaglio assolutamente scrupoloso che il giudice è chiamato a compiere circa l'effettiva necessità di disporre tale misura, considerata la specifica situazione aziendale in cui è presumibilmente maturato l'illecito, nonché circa l'efficacia che lo strumento in questione potrebbe esplicare in vista dell'esigenza probatoria.

---

<sup>82</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 479; analogamente PRIMICERIO, *Profili applicativi*, cit., p. 1294, nt. 4.

<sup>83</sup> Vd, par. 4.

<sup>84</sup> Sulla teoria dell'immedesimazione organica, cfr. *supra*, introduzione, par. 1.

Quanto alle segnalate conseguenze pregiudizievoli che la sospensione dell'attività potrebbe comportare – conseguenze che, in quanto connaturate alla tipologia di questa misura, si produrrebbero a prescindere dalla specifica finalizzazione della cautela, ma che, rispetto ad esigenze probatorie, potrebbero apparire eccessive – vi sarebbe comunque il meccanismo di garanzia di cui all'art. 45 comma 3 d.lgs. 231/2001, che consente, in luogo dell'applicazione della misura interdittiva, la nomina di un commissario giudiziale, sì da poter perseguire la prescritta esigenza cautelare senza compromettere la continuità economica dell'impresa<sup>85</sup>.

Infine, se fosse sufficiente intervenire sullo svolgimento dell'attività dell'ente per neutralizzare il pericolo di inquinamento istruttorio, si potrebbe evitare di incidere sulla libertà personale dei soggetti indagati per il reato presupposto, laddove, in mancanza di una simile possibilità, non vi sarebbero alternative praticabili.

Non sembra così improbabile configurare un'ipotesi in cui la sospensione dell'attività sia idonea ad impedire l'inquinamento del quadro probatorio, senza che si disponga una misura coercitiva a carico delle persone fisiche presunte responsabili delle fattispecie presupposto. Si pensi al caso in cui si intenda ammantare la carenza organizzativa dell'ente, mediante la distruzione o falsificazione di ingenti masse di documenti conservati in azienda. E' chiaro che, ove si disponessero la custodia cautelare o anche gli arresti domiciliari a carico dell'imputato per il reato su cui si incardina l'illecito collettivo, tale rischio sarebbe annullato in radice. Tuttavia, un risultato analogo si potrebbe ottenere sospendendo l'attività dell'ente: sarebbe così molto più arduo realizzare condotte inquinanti da parte di soggetti che non si rechino quotidianamente sul posto di lavoro, con la possibilità di agire indisturbati a quel fine.

Posta in questi termini, la questione si ridurrebbe però ad una scelta su quale sia il sacrificio minore tra quello imposto alla libertà personale del singolo e quello ai danni dell'attività aziendale e, sebbene di primo acchito la preferenza sembrerebbe scontata, le variabili da considerare evidenziano un quadro più complesso. In primo luogo, l'esercizio dell'attività economica rappresenta la vita dell'impresa, dunque, volendo fare un paragone antropomorfo, l'interdizione perpetua andrebbe considerata alla stregua di una pena di morte per l'ente,

---

<sup>85</sup> Vd. *infra*, par. 6.

laddove quella temporanea può essere accostata, sul piano della gravità, alla custodia cautelare<sup>86</sup>. Ciò non sembra sufficiente, tuttavia, per considerare i due beni equiparabili<sup>87</sup>. Il vero problema risiede negli effetti, suscettibili di trascendere la persona giuridica in sé per sé, che derivano dalla sospensione dell'attività<sup>88</sup>. Inoltre, si potrebbe profilare il rischio di riversare sull'ente tutte le conseguenze di una situazione di illiceità che nasce dalla condotta delittuosa di una persona fisica, pur di non incidere sulla libertà personale della stessa<sup>89</sup>.

Si tratta di nodi difficilmente districabili. Residua, però, un'ipotesi nella quale l'intervento cautelare a carico della persona fisica indagata non esplicherebbe efficacia alcuna rispetto al pericolo di inquinamento probatorio, neutralizzabile solo ricorrendo alla sospensione dell'attività dell'ente. E' il caso in cui risultino indagati per il reato presupposto soltanto alcuni tra i soggetti che rivestono nell'azienda una posizione apicale o subordinata; in tale circostanza, solo questi ultimi potrebbero essere sottoposti a misura cautelare, ma nulla esclude che gli altri operatori dell'impresa possano realizzare condotte inquinanti nell'interesse dell'ente. Questa appare un'ipotesi assolutamente calzante a dimostrazione dell'opportunità di inserire il pericolo istruttorio tra le esigenze che giustificano l'intervento cautelare nei confronti del soggetto collettivo.

Per concludere sul punto, ferma restando la speciale accortezza che il giudice deve prestare nel decidere se disporre o meno la più incisiva tra le misure interdittive – valutando in particolare, nel caso si persegua un'esigenza di carattere istruttorio, se la sospensione dell'attività possa spiegare efficacia a tal fine – avrebbe giovato alla completezza del sistema riprodurre anche l'esigenza di cui all'art. 274 lett. *b*, astrattamente non incompatibile rispetto alla persona giuridica, ma da valutare attentamente in sede di applicazione concreta<sup>90</sup>.

---

<sup>86</sup> Come dimostra il parametro dell'*extrema ratio* di cui all'art. 46 comma 3 d.lgs. 231/2001.

<sup>87</sup> Anche alla luce delle coordinate costituzionali di riferimento di cui al paragrafo precedente.

<sup>88</sup> Pur se a questo offre un rimedio la possibilità di disporre il commissariamento dell'ente.

<sup>89</sup> In sostanza, si potrebbe profilare, in sede cautelare, una situazione analoga, ma a termini invertiti, a quella radicatasi prima dell'emanazione del decreto 231, consistente nell'applicazione di forme di responsabilità di *status* in capo agli amministratori delegati per gli illeciti maturati nel contesto aziendale. Uscendo dal terreno cautelare per guardare al sistema nel suo complesso, si è osservato come in fase di elaborazione del decreto si auspicasse il superamento di tali tendenze, speranza del tutto frustrata dai primi anni di applicazione della legge, che evidenziano una sorta di duplicazione della responsabilità: è rimasta la prassi di colpire penalmente il responsabile fisico a cui si va ad aggiungere la responsabilità amministrativa dell'ente (in questi termini SGUBBI, *Intervento*, cit.).

<sup>90</sup> In dottrina, l'unica a sostenere tale esigenza è stata BALDUCCI, *Misure cautelari interdittive*, cit., p. 580, la quale argomenta sulla base degli avvenimenti relativi al fallimento Enron, dove si è verificata la distruzione di imponenti masse di documenti compromettenti per l'ente da parte di soggetti apicali della società o di loro sottoposti, e dei crack finanziari nostrani Parmalat e Cirio. L'Autrice, però, non va al di

Questa scelta avrebbe, peraltro, attenuato la caratterizzazione spiccatamente specialpreventiva dell'intervento cautelare, restituendo, almeno in parte, alle misure in questione la loro naturale finalizzazione processuale e garantendo una maggiore compatibilità con la presunzione di non colpevolezza.

Sono ben noti, infatti, i problemi di costituzionalità insiti nell'uso dello strumento preventivo a fini di tutela della collettività<sup>91</sup>. Ebbene, tali problemi rischiano di accentuarsi in un contesto dove, è vero che non è in gioco la libertà personale, rispetto alla quale una simile frizione sottende un contrasto insanabile, ma in cui lo scollamento del sistema cautelare da ogni finalizzazione processuale finisce per attribuire allo stesso un volto che non dovrebbe appartenergli<sup>92</sup>.

Ulteriori incertezze scaturiscono dalla formulazione dell'art. 45 d.lgs. 231/2001 - il quale richiede la sussistenza di fondati e specifici elementi da cui emerga il concreto pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole – se posto a confronto con il suo corrispondente codicistico.

Una prima differenza deriva dal fatto che tra le categorie considerate dall'art. 274 lett. c, viene riprodotta solo l'ultima, salva la variante per cui la medesimezza della specie viene sostituita dalla "stessa indole", con la conseguenza di conferire al presupposto una maggiore nitidezza, grazie al supporto definitorio di cui all'art. 101 c.p.<sup>93</sup>. L'intervento cautelare in chiave preventiva non si giustifica, cioè, sulla base della particolare gravità dei reati di cui si tende ad evitare la reiterazione, ma mira ad escludere soltanto il pericolo di commissione di fattispecie analoghe o comunque della medesima indole di quella contestata<sup>94</sup>. Tuttavia, è questa una discrasia che non va enfatizzata, dal momento

là di una valutazione di opportunità, senza spiegare le moventi che il pericolo di inquinamento probatorio dovrebbe assumere in relazione agli enti.

<sup>91</sup> Per i quali si rinvia, tra gli altri, a GREVI, *Misure cautelari*, in AA.VV., *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso e Grevi, Padova, 1991, p. 221; ILLUMINATI, *Commento all'art. 3 della legge 8 agosto 1995, n. 332*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, p. 64 ss; ID, *La «pericolosità dell'imputato» nella motivazione dei provvedimenti cautelari*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 2272; MARZADURI, *«Custodia cautelare (dir. proc. pen.)»*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, p. 285; M. FERRAIOLI, *Misure cautelari*, cit., p. 9 ss.

<sup>92</sup> Si osserva criticamente che «in assenza di esigenze specifiche e in qualche modo eccezionali che giustificano l'intervento cautelare, le finalità di carattere specialpreventivo perseguite dal legislatore sembrano allora presentarsi come un interesse pubblico sovraordinato rispetto alla presunzione di non colpevolezza», così COMPAGNA, *L'applicazione di misure cautelari nei confronti degli enti collettivi*, nota a Trib. Milano, 28 aprile 2004, in *Giur. mer.*, 2005, p. 1616.

<sup>93</sup> Così PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 250.

<sup>94</sup> Sul terreno delle cautele personali, l'ultima categoria presa in considerazione dall'art. 274 lett. c viene considerata la più problematica tra quelle contemplate in una disposizione già problematica di per sé. Infatti, mentre per le prime due risulta abbastanza evidente il collegamento con la tutela delle esigenze della collettività, quest'ultimo viceversa non è sempre riconosciuto a fronte del semplice pericolo di

che, essendo unica l'esigenza cautelare prevista dal decreto 231 e considerato che l'art. 45 va letto in combinato disposto con l'art. 13<sup>95</sup>, non v'era motivo di operare un'ulteriore selezione dei reati che consentono l'intervento cautelare.

Maggiori perplessità, suscita, invece la divergenza che si riscontra in ordine agli indici sintomatici del *periculum*. L'art. 45 d.lgs. 231/2001, nel riferirsi a "fondati e specifici elementi" si rivela molto più generico rispetto al suo corrispondente codicistico, che richiede una prognosi di pericolosità basata sulle "specifiche modalità e circostanze del fatto" e sulla "personalità dell'imputato desunta da atti o comportamenti concreti e dai suoi precedenti penali". La norma viene, infatti, tacciata di una vaghezza precettiva suscettibile di allargare così ampiamente le maglie della discrezionalità del giudice da indurre ragionevoli dubbi circa il rispetto della soglia di determinatezza cui occorre conformare la disciplina delle misure cautelari<sup>96</sup>.

Il legislatore avrebbe potuto, forse, essere più dettagliato - per quanto «moltiplicare le definizioni e gli aggettivi non serve ad ottenere il rispetto dello spirito della legge e, se ad esso manca un'adesione convinta, la prassi potrebbe reagire facilmente svuotando le norme da applicare»<sup>97</sup> - tuttavia si tratta di una lacuna facilmente colmabile facendo appello agli stessi parametri cristallizzati nell'art. 274 lett. c c.p.p. Tale assunto, oltre ad essere condiviso dalla prevalente dottrina<sup>98</sup> e ad aver trovato un suggello giurisprudenziale<sup>99</sup>, trae alimento anche dalla generale norma di rinvio di cui all'art. 34 d.lgs. 231/2001. Né funge da sbarramento la clausola di compatibilità contenuta nella citata disposizione riguardo, in particolare, all'elemento della personalità dell'indagato, che, in tale contesto, andrà inteso come politica d'impresa.

---

ripetizione di un delitto della stessa specie, tanto che in alcune proposte di legge (cfr., ad esempio, l'art. 2, 2° comma della proposta di legge n. 2591) si è ipotizzata l'eliminazione del riferimento ai «delitti della stessa specie», così MARZADURI, *Misure cautelari*, cit., p. 72.

<sup>95</sup> Vd. *supra*, par. 3.1.

<sup>96</sup> Così PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 126.

<sup>97</sup> ILLUMINATI, *Commento all'art. 3*, cit., p. 70, con riferimento alla modifica dell'art. 274 c.p.p. ad opera della legge n. 335/1995.

<sup>98</sup> BALDUCCI, *Misure cautelari interdittive*, cit., p. 581; BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, cit., p. 274; FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 481 s.; GENNAI-TRAVERSI, *La responsabilità degli enti*, cit. p. 219; MOSCARINI, *Le cautele interdittive*, cit., p. 1117; NUZZO, *Le misure cautelari*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1489; PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 126; PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 249; PRIMICERIO, *Profili applicativi*, cit., p. 1295. In termini parzialmente diversi EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, cit., p. 418, secondo il quale i parametri di cui all'art. 274 lett. c vanno applicati per la prognosi di pericolosità riguardante il soggetto persona fisica imputato per il reato presupposto, mentre la pericolosità dell'ente andrebbe valutata sulla base di criteri aziendalistici.

<sup>99</sup> Cass., sez. VI, 23 giugno 2006, La Fiorita, cit., cfr. anche Trib. Milano, 14 febbraio 2004, C., in *Foro it.*, 2005, II, p. 542; Trib. Milano, 28 ottobre 2004, S., *Corr. mer.*, 2005, p. 324.

Più precisamente, la valutazione finalizzata a pronosticare l'esistenza di un *periculum in mora* deve essere condotta su un duplice piano: occorre analizzare, da una parte, le modalità e le circostanze del fatto: ovvero la gravità dell'illecito, l'entità del profitto ricavato, la maggiore o minore gravità del danno patrimoniale cagionato dal reato; dall'altra, la presumibile pericolosità del soggetto collettivo che, dovendo essere adattata alle caratteristiche ontologiche dell'ente, andrà riferita alla politica d'impresa attuata negli anni, agli eventuali illeciti commessi in precedenza e allo stato organizzativo dell'ente, cioè la sua capacità di agevolare o evitare la commissione dei reati. Anzi, con riferimento a tale ultimo aspetto, si è parlato di una tendenziale oggettivizzazione dell'esigenza cautelare che ridurrebbe la discrezionalità del giudice in virtù del restringimento delle ipotesi cui ancorare la pericolosità sociale<sup>100</sup>. Una prospettiva questa del tutto difforme rispetto al paventato allargamento delle sacche di libertà di cui il giudice si troverebbe a godere nella valutazione cautelare, a causa dell'indeterminatezza normativa.

E' stato tuttavia osservato come siffatta tecnica di eterointegrazione normativa, se da un lato va a coprire la genericità del disposto dell'art. 45 d.lgs. 231/2001 e, di conseguenza, funge da limite per la discrezionalità del giudice, dall'altro presenta una ricaduta negativa per la *societas* alla quale verrebbe assicurato un livello di tutela inferiore rispetto a quello garantito alla persona fisica<sup>101</sup>. Tale preoccupazione si annida nel fatto che la prognosi di pericolosità dell'ente viene a basarsi sugli stessi elementi valorizzati tanto in sede di valutazione circa la gravità indiziaria, quanto ai fini della condanna alle sanzioni interdittive. Ed, in effetti, anche la Cassazione ha stabilito che l'analisi delle modalità e circostanze del fatto, quale componente della prognosi di recidivanza dell'ente, finisce per fondarsi sugli stessi parametri di cui all'art. 13 d.lgs. 231, norma che detta le condizioni per l'applicabilità delle sanzioni interdittive e che, come ricordato, riveste un ruolo ben preciso anche nel contesto della valutazione circa la sussistenza del *fumus*. Tale circostanza comporterebbe un autentico *bis in idem*, come tale sfavorevole all'ente<sup>102</sup>. Senza considerare le ripercussioni che

---

<sup>100</sup> FIDELBO, *La disciplina delle misure cautelari nella responsabilità amministrativa degli enti*, Relazione all'incontro di studio organizzato dal C.S.M., *La responsabilità da reato degli enti giuridici*, 14 luglio 2004, p. 12; PRIMICERIO, *Profili applicativi*, cit., p. 1295.

<sup>101</sup> MOSCARINI, *Le cautele interdittive*, cit., p.1117.

<sup>102</sup> MOSCARINI, *Le cautele interdittive*, cit., p.1118.

l'omologazione dei criteri deliberativi usati per la fase prodromica e per quella definitiva, può determinare sul giudizio finale<sup>103</sup>.

Come per la gravità indiziaria, anche l'accertamento del *periculum* deve considerare la struttura composita dell'illecito di cui si vuol evitare la reiterazione. Ciò significa che la prognosi di recidiva deve investire tanto il reato base quanto la struttura organizzativa dell'ente, rilevante nella misura in cui presenti condizioni tali da favorire o comunque da non riuscire ad evitare la maturazione dell'episodio delittuoso. Non si può condividere l'opinione secondo la quale ciascuno di tali parametri può risultare autonomamente significativo del *periculum*, che potrebbe dunque essere tratto sia da elementi attinenti alle persone fisiche che operano nell'ente in posizione qualificata (parametro soggettivo), sia da elementi che riguardano la concreta organizzazione dell'ente (parametro oggettivo)<sup>104</sup>. Infatti, è del tutto evidente come una valutazione fondata esclusivamente sul primo aspetto possa giustificare un provvedimento cautelare a carico della persona fisica, ma non certo la misura interdittiva che si intende applicare al soggetto collettivo.

Scendendo dalla teoria alla pratica, occorre stabilire quali siano nel concreto gli elementi rivelatori della pericolosità dell'ente.

In quest'ottica, assume un certo rilievo l'avvenuta estromissione degli organi di vertice coinvolti nel reato: l'azzeramento del vecchio gruppo dirigente rappresenta infatti un sintomo manifesto del fatto che l'ente inizia a muoversi verso un tipo di organizzazione in cui è presente l'obiettivo di evitare il rischio reato<sup>105</sup>. Deve trattarsi, però, di un piano di modifica effettivo e non solo apparente, che riveli una cesura netta tra il vecchio gruppo dirigente ed il nuovo; mentre non avrebbe alcun valore un'operazione in cui venissero designati soggetti strettamente collegati con gli amministratori precedenti, da cui continuino a prendere direttive<sup>106</sup>.

Le esemplificazioni non possono comunque esaurire il multiforme panorama delle realtà aziendali, per valutare la cui efficienza bisogna fare appello

---

<sup>103</sup> Sul punto, già precedentemente anticipato, si tornerà nel cap. III.

<sup>104</sup> Così EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, cit., p. 417 e s.

<sup>105</sup> Così FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 481.

<sup>106</sup> Vedi in tal senso, Cass., sez. VI, 23 giugno 2006, La Fiorita, cit., in cui si ribadisce altresì, in termini generali, che la verifica tesa a riscontrare l'esigenza cautelare deve essere condotta con particolare serietà, per mezzo di un accertamento concreto e individualizzato, basato su elementi concreti che facciano riferimento alla situazione specifica dell'ente.



ai criteri elaborati dalla scienza economica in materia di organizzazione aziendale, da calibrare poi sugli specifici contesti di riferimento.

Ciò posto, resta fermo il fatto che, per come è congegnato il sistema, uno dei mezzi più sicuri attraverso cui l'ente può sfuggire ad una prognosi di pericolosità, è quello di dotarsi di modelli organizzativi idonei a prevenire i reati<sup>107</sup>. Tale circostanza suggerisce un'ulteriore problematica. Se soltanto un'attività di prevenzione conforme ai parametri legislativi è idonea ad escludere il pericolo di commissione di ulteriori illeciti, allora ciò rischia di tradursi in un'inversione dell'onere della prova riguardo allo stesso. L'esclusione del pericolo, cioè, sembra essere subordinata all'istituzione *ex post* di un modello di gestione conforme ai criteri di legge, di cui, ovviamente, il soggetto collettivo dovrà dare prova<sup>108</sup>. Timori di analogo tenore erano stati prospettati con riferimento alla prognosi di pericolosità dell'imputato *ex art. 274 lett. c.* L'analisi della non certo rigorosa giurisprudenza antecedente l'irrobustimento di disciplina realizzato con la legge n. 335/1995<sup>109</sup> aveva indotto ad osservare provocatoriamente come «la cosa migliore per l'indagato per certi reati sia quella di fornire egli stesso la prova diabolica delle sue buone intenzioni per l'avvenire. Il che non è proprio nella *ratio* del sistema»<sup>110</sup>. Ma, nel contesto che ci occupa, tale preoccupazione acquisisce una dimensione concreta proprio perché, come già segnalato, se il modello organizzativo è il miglior antidoto contro la prognosi di pericolosità e l'ente deve dimostrare l'avvenuta adozione dello stesso<sup>111</sup>, non sarà tanto l'accusa a dover provare il *periculum*, quanto la difesa a doverne escludere la sussistenza. Questo discorso risulta corroborato anche dalla prassi applicativa, dove è invalsa la tendenza a considerare l'evento lesivo quale indice di per sé di una carenza organizzativa all'interno dell'azienda oppure dell'inefficacia del modello di cui la società si era ancorché dotata *ex ante*<sup>112</sup>. Allora, per disinnescare questa sorta di automatismo, l'ente non può far altro che

<sup>107</sup> Sulla valenza cautelare dei modelli organizzativi si tornerà diffusamente nel cap. III, par. 3.3.2.

<sup>108</sup> Considerazioni di COMPAGNA, *L'applicazione di misure cautelari*, cit., p. 1616.

<sup>109</sup> Modifiche ritenute comunque insufficienti a contrastare la prassi applicativa.

<sup>110</sup> CRISTIANI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Torino, 1995, p. 31.

<sup>111</sup> Come si vedrà (vd. *infra*, cap. III), che l'onere della prova circa l'adozione dei modelli gravi sull'ente è acquisizione pacifica per quanto riguarda l'ipotesi di reato commesso dagli apicali, mentre risulta piuttosto controversa rispetto ai sottoposti.

<sup>112</sup> Ha riscontrato tale tendenza dall'analisi dei primi anni di applicazione del d.lgs. 231/2001 SGUBBI, *Intervento*, cit. In effetti, la giurisprudenza ha finora dimostrato un atteggiamento piuttosto severo sull'efficacia dei modelli, adottando quasi sempre un ragionamento *ex post*, per cui, se c'è stato l'illecito, vuol dire che il modello non ha funzionato. Sul punto vd. diffusamente *infra*, cap. III, par. 3.2.

provare, sfruttando l'apposita udienza dedicata alla decisione cautelare, di aver adottato un efficace modello preventivo prima della commissione del delitto oppure immediatamente dopo al fine di scongiurare il rischio reiterazione, o, infine, se ancora non avesse provveduto in tal senso, può assumere l'impegno concreto di predisporre un modello *pro futuro*, dimostrando così il suo riallineamento verso la legalità che, di conseguenza, escluderebbe un giudizio di pericolosità a suo carico.

#### **4. I criteri di applicazione delle misure.**

L'art. 46 del d.lgs. 231/2001, per guidare la discrezionalità del giudice nella scelta delle misure, prevede i tradizionali criteri di adeguatezza, proporzionalità e gradualità.

Innanzitutto la cautela deve risultare adeguata rispetto all'esigenza che si vuol perseguire. Posto che l'unica finalità contemplata nel sistema in oggetto è quella specialpreventiva, tale parametro viene più esattamente interpretato come un criterio di economicità: sarebbe inutile una misura più gravosa, ove il *periculum* in mora sia neutralizzabile mediante una meno afflittiva<sup>113</sup>.

La proporzionalità della misura va invece valutata in relazione all'entità del fatto e della sanzione. Si tratta di due parametri da considerare congiuntamente, come risulta evidente dall'uso della congiunzione "e"<sup>114</sup>; inoltre, il giudice deve compiere una valutazione prognostica circa la sanzione che ritiene applicabile in concreto all'ente<sup>115</sup>, per la quale può fare affidamento sui criteri enucleabili dagli articoli 13 e 14 del decreto, che prendono in considerazione l'entità del profitto conseguito e del danno patrimoniale cagionato, la gravità del fatto, il grado di responsabilità dell'ente, l'attività realizzata per eliminare le conseguenze del reato e prevenire la commissioni di ulteriori illeciti, le condizioni economiche dell'ente.

L'art. 14 fissa, altresì, il criterio della specificità dell'intervento sanzionatorio, che deve colpire l'attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente e, se si tratta del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, può

<sup>113</sup> MOSCARINI, *Le cautele interdittive*, cit., p. 1119.

<sup>114</sup> Trib. Milano, 14 dicembre 2004, C., cit.; Cass., sez. II, 12 marzo 2007, D'A., cit.; Cass., 23 giugno 2006, La Fiorita, cit.

<sup>115</sup> PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 254; G.i.p. Trib. Salerno, 20 marzo 2003, cit.

anche essere limitato a determinati tipi di contratti o di amministrazioni. Come illustrato in precedenza, non v'è ragione per cui tale norma, nonostante il mancato esplicito richiamo all'interno della disciplina cautelare, non debba operare anche in quella sede<sup>116</sup>.

Si è già visto come il criterio di proporzionalità sia stato investito dell'ulteriore funzione di racchiudere i limiti astratti di applicabilità delle misure cautelari, in mancanza di una norma analoga all'art. 280 c.p.p. Si considera, tuttavia, più corretta la ricostruzione che lo vede quale settore interno tra le misure, piuttosto che come parametro atto ad individuare gli stessi illeciti per i quali è consentito l'esercizio del potere cautelare.

Anche le misure cautelari contemplate nell'art. 45 d.lgs. 231/2001, per effetto del rinvio all'art. 9, sono disposte su un'ideale scala di gravità che vede al suo vertice l'interdizione dall'esercizio dell'attività. In realtà non può parlarsi di una rigorosa gradualità delle misure stesse, poiché ciascuna è suscettibile di spiegare effetti diversificati a seconda della realtà aziendale su cui incide; ad esempio, il divieto di pubblicizzare beni e servizi può essere assai più invasivo rispetto alla sospensione dei finanziamenti, per un'impresa commerciale che sia fortemente dipendente dalla pubblicità (si pensi alle imprese monoprodotto o a quelle produttive di beni tecnologici o fortemente legati all'evoluzione dei gusti e delle mode<sup>117</sup>).

In ogni caso, l'interdizione dall'esercizio dell'attività è certamente da considerarsi la più grave tra le misure cautelari e, come tale, soggetta alla logica dell'*extrema ratio*: andrà applicata, cioè, solo quando ogni altra misura risulti inadeguata.

Appare del tutto singolare come una clausola posta a garanzia dell'ente indagato, sia stata a tal punto travisata nella giurisprudenza di merito da ritrovarsi a fondamento di una costruzione tesa a sconfessare le caratteristiche connaturate all'intervento cautelare. L'art. 46 comma 3 d.lgs. 231/2001 è stato oggetto, infatti, di una bizzarra e forzata interpretazione in base alla quale, ove dovessero ricorrere le circostanze descritte dalla norma citata, ovvero l'inadeguatezza di tutte le altre cautele, la misura dell'interdizione dall'esercizio dell'attività potrebbe essere applicata anche se non ne sussistano tutti i requisiti di irrogazione come sanzione definitiva<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> Vd. *supra*, par. 2.

<sup>117</sup> Esempi di S. GIAVAZZI, *Le sanzioni interdittive e la pubblicazione della sentenza di condanna*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Napoli, 2002, p. 124 e 125.

<sup>118</sup> La Suprema Corte, nel correggere tale infondata e illogica lettura, ha invece ribadito che "il principio di gradualità di cui all'art. 46 comma 3 trovi attuazione nell'ambito, e non già al di fuori, dei presupposti

Per concludere, si ricorda che l'ultimo comma dell'art. 46 d.lgs. 231/2001 introduce il divieto di applicazione congiunta delle misure interdittive. Si tratta di una deviazione non solo dal sistema sanzionatorio, che al contrario prevede tale possibilità (art. 14, comma 3 d.lgs. 231/2001) ma anche rispetto al modello codicistico che consente il cumulo cautelare in caso di trasgressione delle prescrizioni imposte dall'art. 276 comma 1 c.p.p. e nel caso di decorrenza dei termini nella specifica ipotesi di cui all'art. 307 comma 1 *bis* c.p.p.<sup>119</sup> Inoltre, secondo parte della dottrina, stante il silenzio del codice, il cumulo non sarebbe escluso nemmeno in via ordinaria<sup>120</sup>. Sul punto sono di recente intervenute le Sezioni Unite che hanno dipanato il contrasto interpretativo generatosi in seno alla Suprema corte, esprimendosi per il divieto di cumulo, fatti salvi i casi espressamente stabiliti dalla legge<sup>121</sup>.

Si osserva, tuttavia, che il carattere meno afflittivo del sistema sotto questo specifico aspetto<sup>122</sup> è controbilanciato dall'assenza di indici specifici circa la possibilità di modulare l'estensione della misura interdittiva che si intende applicare. Infatti negli artt. 45 e 46 d.lgs. 231/2001 non c'è un riferimento espresso alla possibilità che l'interdizione avvenga «in tutto o in parte», come invece previsto dagli articoli 288, 289 e 290 c.p.p. Di conseguenza «l'unico espediente ermeneutico per ammettere – come pare opportuno – una certa flessibilità nel dosaggio dell'intervento cautelare, sembra risiedere nella

---

di applicazione delle misure cautelari; anzi proprio perché l'interdizione dall'attività deve costituire l'*extrema ratio*, la sua adozione deve presupporre una prognosi positiva circa la possibilità di applicare con la sentenza di condanna la sanzione interdittiva più grave», cfr. Cass., 12 marzo 2007, D'A., cit. Sul punto vd. anche *supra*, par. 3.1.

<sup>119</sup> Tale disposizione è stata introdotta dall'art. 2 del D.l. n. 341/2000, convertito con modificazioni dalla legge n. 4/2001 e permette l'applicazione anche cumulativa delle misure previste dagli articoli 281, 282 e 283 c.p.p., nel caso di scarcerazione per decorrenza dei termini, quando si procede per taluno dei reati indicati nell'art. 407 comma 2 lett. *a* c.p.p.. Sulle problematiche scaturite dalla novella, cfr. CERESA-GASTALDO, *Sostituzione e ripristino della custodia cautelare dopo la scarcerazione*, in *Il decreto antiscarcerazioni*, a cura di Bargis, Torino, 2001, p. 31; G. CONTI, *Decreto antiscarcerazione: celerità processuale e controlli nell'esecuzione della pena. Modifiche al codice di procedura penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 309 ss.

<sup>120</sup> CHIAVARIO, Sub art. 275 c.p.p., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, III, Torino, 1990, p. 66; PERONI, *Le misure interdittive*, cit. p. 144; ID, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 253.

<sup>121</sup> Cass., sez. un., 30 maggio 2006, L.S.; in *Dir. e giust.*, 2006, p. 51, con nota di MACCHIA, *Provvedimenti de libertate, no al cumulo. Ma il nodo è l'equilibrio del sistema*. Per una compiuta esposizione della tesi opposta, cfr. Cass., sez. VI, 23826/2004, Milloni.

<sup>122</sup> Non è detto peraltro che la possibilità di applicazione cumulativa delle misure si traduca necessariamente in una maggiore afflittività del sistema, posto che l'applicazione congiunta di sanzioni meno invasive potrebbe essere sufficiente a soddisfare esigenze, altrimenti perseguibili con un'unica misura, ma a tasso di coercizione più elevato, così MACCHIA, *Provvedimenti de libertate*, cit., p. 59.

discrezionalità che l'art. 45 attribuisce al giudice in sede di determinazione delle modalità applicative della misura»<sup>123</sup>.

### **5. Interferenze tra il procedimento cautelare a carico dell'imputato del reato presupposto e quello a carico dell'ente.**

Il rapporto tra azione cautelare a carico dell'ente e quella eventualmente destinata all'imputato del reato presupposto rileva sotto due profili, in parte speculari.

In primo luogo, occorre stabilire quali effetti producano le ordinanze *de libertate* emesse nei confronti delle persone fisiche.

Partendo dal presupposto per cui in ordine al primo elemento che fonda la prognosi di responsabilità dell'ente – ovvero l'attribuzione alla persona fisica del reato base – i due giudizi di gravità indiziaria ex art. 273 c.p.p. e 45 d.lgs. 231/2001 si sovrappongono totalmente<sup>124</sup>, si ritiene che l'ordinanza cautelare emessa nei confronti della persona fisica espliciti un'efficacia preclusiva fondata sul principio del giudicato cautelare<sup>125</sup>. L'accertamento incidentale sotteso alla stessa, cioè, impedisce di rivalutare l'attribuibilità del reato presupposto all'indagato persona fisica *rebus sic stantibus*. In caso contrario, si correrebbe il rischio di innescare un possibile contrasto tra pronunce sul medesimo tema, nel senso che dopo aver ritenuto sussistente a livello indiziario un reato in sede di applicazione delle misure cautelari personali, sulla base dei medesimi elementi si potrebbe ritenere insussistente o non attribuibile il medesimo fatto alla stessa persona in sede di accertamento dell'illecito a carico dell'ente e viceversa.<sup>126</sup>

Mentre non sembrano porsi problemi nel caso in cui il giudicato cautelare operi *in bonam partem*, nell'ipotesi contraria un possibile ostacolo è stato individuato nella mancata partecipazione dell'ente e del suo difensore al giudizio

<sup>123</sup> PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 253.

<sup>124</sup> Tanto che, con riferimento a quell'elemento, la Cassazione ha ammesso che l'ordinanza cautelare a carico dell'ente possa essere motivata *per relationem* rispetto a quella emanata nei confronti della persona fisica: Cass., sez. VI, 23 giugno 2006, La Fiorita, cit.

<sup>125</sup> In base al principio del giudicato cautelare è precluso al giudice rivalutare ai fini cautelari le stesse questioni già esaminate in precedenti provvedimenti *de libertate* - purchè, nel solo caso dell'originario provvedimento coercitivo, sia intervenuta una pronuncia in sede di impugnazione – indipendentemente dal fatto che si siano esaurite le impugnazioni contro il provvedimento precedente, cfr. Cass., sez. un., 8 novembre 1993, Durante, in *Foro it.*, 1994, II, p. 1.

<sup>126</sup> Trib. Milano, 14 dicembre 2004, Cogefi, in *Foro it.*, 2005, II, p. 538.

incidentale sui gravi indizi di reato a carico della persona fisica<sup>127</sup>. Tuttavia, tale aspetto viene ritenuto un falso problema in virtù del fatto che l'unica circostanza di cui l'ente potrebbe dolersi è quella di non aver potuto dedurre fatti o esporre argomenti diversi da quelli addotti dalla persona fisica. Ma fatti e argomenti nuovi (nel senso di non esaminati nel procedimento *de libertate* a carico della persona fisica) non risultano coperti dal giudicato e possono essere liberamente esposti nel procedimento a carico dell'ente<sup>128</sup>.

In ogni caso, a prescindere dal formale riconoscimento in tale ambito di un giudicato cautelare, il rapporto di dipendenza che lega la responsabilità del soggetto collettivo a quella della persona fisica, rende palese come una pronuncia positiva o negativa sui gravi indizi *ex art. 273 c.p.p.* avrà riflessi inevitabili sul giudizio di gravità indiziaria *ex art. 45 d.lgs. 231/2001*<sup>129</sup>.

Per converso, bisogna chiedersi quali effetti espliciti l'ordinanza a carico dell'ente sull'eventuale azione cautelare nei confronti della persona fisica. A questo proposito, si è osservato<sup>130</sup> che l'avvenuta adozione di cautele interdittive a carico dell'ente preclude la possibilità di incidere sulla libertà personale dell'imputato, qualora si voglia perseguire la stessa finalità di prevenzione speciale *ex art. 274 lett. c.* Questo perché l'azione cautelare volta ad inibire la potenziale attività illecita del soggetto collettivo viene considerata sufficiente ad evitare anche le possibili condotte delittuose di chi si ritiene abbia agito e potrebbe agire di nuovo per conto dell'ente. Né si potrebbe prospettare un *periculum libertatis* rispetto ad una condotta autonoma dell'indagato persona fisica, poiché quest'ultima, come si sa, impedisce che possa configurarsi la responsabilità in capo all'ente; dunque, l'adozione di una misura interdittiva nei confronti dello stesso presuppone aver escluso, in chiave prognostica, che l'autore del reato base abbia agito nel suo esclusivo interesse.

In conclusione, secondo la tesi riportata, a fronte dell'azione cautelare sulla *societas*, residuerebbe la possibilità di agire sulla libertà della persona fisica solo ove risultino perseguibili le esigenze cautelari del pericolo di fuga o di inquinamento probatorio. E, qualora il provvedimento emesso nei confronti del soggetto collettivo fosse successivo a quello adottato a carico della persona

---

<sup>127</sup> EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, cit., p. 411.

<sup>128</sup> EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, cit., p. 412.

<sup>129</sup> Ancora EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, cit., p. 413.

<sup>130</sup> CERESA-GASTALDO, *Il "processo alle società"*, cit., p. 43 s.

fisica *ex art. 274 lett. c*, si imporrebbe un contestuale provvedimento di revoca di quest'ultimo.

Si fa tuttavia notare che l'applicazione di una misura cautelare nei confronti dell'imputato per finalità di prevenzione potrebbe giustificarsi in relazione a reati sempre inerenti all'ambito di interessi dell'ente e tuttavia riconducibili a settori aziendali non presi in considerazione dalla misura interdittiva<sup>131</sup>. In tal caso, vi sarebbe spazio per agire in via cautelare nei confronti dell'imputato, nonostante siano già state applicate misure interdittive in capo all'ente.

Non sembra ipotizzabile sul punto una soluzione preconstituita, che invece, andrebbe arguita di volta in volta in base alle circostanze del caso concreto, ferma restando l'inopportunità di incidere sulla libertà personale degli indagati, qualora le esigenze cautelari perseguite siano realizzabili attraverso l'esclusivo ricorso allo strumento interdittivo nei confronti dell'ente.

Naturalmente, ove contestualmente all'emissione di misure interdittive in capo alle società siano state applicate anche misure coercitive nei confronti dei soggetti indagati per i reati presupposto, non è legittimo il ricorso alla tecnica della motivazione *per relationem*<sup>132</sup>, con semplice rinvio all'ordinanza personale, la quale può assolvere l'onere motivazionale solo riguardo ad uno dei presupposti per l'applicazione delle misure interdittive nei confronti dell'ente: cioè la sussistenza dei gravi indizi circa la commissione dei reati base<sup>133</sup>. In altre parole, solo rispetto a quella porzione della complessa fattispecie che integra la responsabilità dell'ente può ammettersi una funzione integrativa del provvedimento personale rispetto alla motivazione dell'ordinanza a carico del soggetto collettivo.

---

<sup>131</sup> Così FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 479.

<sup>132</sup> Per un approfondimento sul punto vd. la nota pronuncia a Sez. Un., 21 giugno 2000, Primavera, nonché le ulteriori sentenze: sez. IV, 20 gennaio 2004, Rinerò; sez. I, 20 dicembre 2004, n.2612; sez. III, 25 maggio 2001, Cataruzza.

In dottrina, per tutti, AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Giuffrè, 1977, p. 228; SIRACUSANO, *I Provvedimenti penali e le motivazioni implicite, per relationem, e sommarie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, p. 361 s.

<sup>133</sup> Cass., sez. VI, 23 giugno 2006, La Fiorita, cit.

## 6. Una misura *sui generis*: il commissariamento giudiziale dell'ente.

Del tutto innovativa rispetto al panorama cautelare codicistico, ma perfettamente in linea con un sistema di responsabilità a carico di soggetti collettivi, è la possibilità, stabilita dall'art. 45 comma 3 d.lgs. 231/2001, di nominare un commissario giudiziale in luogo della misura interdittiva.

L'istituto è disciplinato in termini generali dall'art. 15, cui la norma richiamata espressamente rinvia, che ne prevede l'applicazione in via sostitutiva rispetto alle sanzioni interdittive temporanee, qualora ricorrano, alternativamente, due condizioni: l'ente svolge pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività; l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione.

Da tali presupposti si desume che la finalità del commissariamento è quella di bilanciare due interessi suscettibili di entrare in competizione: da una parte l'esigenza di punire l'ente reso responsabile di un illecito, dall'altra la necessità di tutelare i soggetti terzi che risultino pregiudicati dall'irrogazione di sanzioni ai danni della *societas*. Si tratta di una preoccupazione che accompagna costantemente qualsiasi tipologia di intervento sanzionatorio a carico delle imprese o anche di singoli imprenditori, si pensi, ad esempio, alle ripercussioni sui soci estranei all'illecito, sui terzi creditori oppure sui lavoratori<sup>134</sup>. Tuttavia, poiché tutte le pene sono suscettibili di determinare effetti negativi su terzi innocenti ed una pedissequa attuazione della legge delega – che si limitava a prevedere la nomina di un vicario quando la prosecuzione dell'attività si rendesse necessaria per evitare pregiudizio a terzi – avrebbe generato una sostanziale disapplicazione delle sanzioni interdittive a carico dell'ente, il legislatore delegato ha opportunamente delimitato l'ambito operativo del commissariamento ai casi in cui entrino in gioco preminenti interessi collettivi, quali le esigenze sopra ricordate<sup>135</sup>.

<sup>134</sup> In passato, con riferimento a sanzioni di contenuto simile che, colpendo l'imprenditore, si sarebbero potute riversare sulle condizioni dei lavoratori, sono stati sollevati dubbi di legittimità costituzionale: cfr., in proposito, C. PECORELLA, *Societas delinquere potest*, in *Riv. giur. lav.*, 1977, IV, p. 368.

<sup>135</sup> In questo senso LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti*, a cura di Garuti, cit., p. 159 s.; FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 506 s.; PIERGALLINI, *Apparato sanzionatorio*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, cit., p. 208, il quale prefigura facili critiche dovute alla disinvolta attuazione della delega, ma al contempo ribadisce la necessità di una



L'istituto presenta alcuni problemi di carattere generale ed altri che derivano specificamente dalla sua trasposizione in sede cautelare.

Sotto il primo profilo, una questione di carattere preliminare, da cui dipende l'ambito operativo della fattispecie, consiste nell'accertare quale tipo di sanzione possa dare origine alla nomina di un commissario giudiziale. Fermo restando che deve trattarsi di un'interdizione applicata in via temporanea - dal momento che l'ultimo comma dell'art. 15, in linea con le finalità dell'istituto, esclude il commissariamento in caso di applicazione definitiva - il dubbio scaturisce dalla formulazione della norma, che prevede la nomina del commissario quando la sanzione interdittiva "determina l'interruzione dell'attività". Ebbene, tale nomina è subordinata alla sola sanzione che per sua natura comporta l'interruzione dell'attività, cioè l'interdizione dall'esercizio dell'attività ex art. 9 lett *a*, oppure può conseguire anche a quelle sanzioni suscettibili di causare in via indiretta quell'effetto?

A sostegno della prima soluzione milita il dato letterale di cui all'art. 15 d.lgs. 231/2001, che sembra agganciare la possibilità di disporre il commissariamento alla sola condizione formale dell'interruzione dell'attività, la quale, pertanto, deve conseguire automaticamente alla sanzione che si intende applicare, senza che il giudice compia un vaglio prognostico circa le potenzialità inibitorie della stessa<sup>136</sup>.

Un'ottica di carattere sostanziale, invece, tesa a valorizzare gli effetti concreti che le singole sanzioni sono in grado di generare nella realtà aziendale, porterebbe a ricomprendere nel dettato dell'art. 15 anche gli interventi diversi da quello delineato nell'art. 9 lett. *a*, ove siano idonei a determinare, come conseguenza indiretta, la paralisi dell'attività. Se, ad esempio, l'oggetto dell'attività dell'ente presuppone la titolarità di particolari licenze, concessioni, autorizzazioni, la revoca o sospensione delle stesse interromperebbero l'attività della *societas*. Analogo discorso vale per il divieto di pubblicizzare beni e servizi in relazione ad un'impresa che effettui esclusivamente servizi pubblicitari, nonché per il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione se l'ente

---

costruzione normativa tesa ad evitare «sepolcra delle sanzioni interdittive e un'espansione incontrollata del commissariamento».

<sup>136</sup> In tal senso; PIERGALLINI, *Apparato sanzionatorio*, cit., p. 208; FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 506 s., il quale, tuttavia, include nel catalogo delle sanzioni che consentono la nomina del commissario anche quelle diverse dall'interdizione dell'esercizio dell'attività, purché la loro efficacia paralizzante non implichi la valutazione di elementi non direttamente riconducibili agli effetti dei provvedimenti cautelari.

presti servizi esclusivamente per quest'ultima. L'unica differenza, in questi casi, sta nel fatto che il giudice, al fine di nominare un commissario, deve compiere una valutazione in concreto, premurandosi di accertare se, in seguito all'applicazione della sanzione interdittiva, l'ente sia oggettivamente impedito nell'esercizio dell'attività<sup>137</sup>. Tale soluzione appare maggiormente rispettosa delle finalità proprie dell'istituto, oltre a trovare una parziale conferma nella Relazione al decreto 231/2001<sup>138</sup>.

Ovviamente, ai fini del commissariamento, l'interruzione dell'attività non rileva di per se stessa, ma in quanto produttiva delle situazioni pregiudizievoli per la collettività di cui all'art. 15 d.lgs. 231/2001.

Quanto alla prima condizione, le nozioni di servizio pubblico o di pubblica necessità rinviano all'esercizio di una funzione di interesse generale cui può essere preposto tanto un soggetto pubblico che uno privato<sup>139</sup>. Per individuare i servizi di pubblica necessità, si può fare affidamento anche sulle indicazioni provenienti da altri settori dell'ordinamento in cui si manifestano analoghe esigenze di tutela della collettività da pregiudizi conseguenti all'interruzione di servizi; si pensi, ad esempio alla regolazione del diritto di sciopero<sup>140</sup>. Il servizio pubblico si connota, più precisamente, per la sua possibilità di essere fruito da una generalità indistinta di utenti e la gravità del pregiudizio – altro parametro richiesto dall'art. 15 – si può ravvisare quando il servizio incida sullo svolgimento delle quotidiane attività dei cittadini<sup>141</sup>. Preziose indicazioni provengono anche dalle pronunce giurisprudenziali. La giurisprudenza di merito ha accolto una nozione piuttosto ampia del concetto di servizio di pubblica necessità la cui interruzione è foriera di un grave pregiudizio, riconoscendo, ad esempio, questi caratteri all'attività di due società private che erogavano un servizio di vigilanza anche presso installazioni pubbliche<sup>142</sup>. La Cassazione, nel diverso ambito dei reati contro la pubblica amministrazione, ha stabilito la non

<sup>137</sup> Di questa opinione EPIDENDIO, *Le sanzioni*, in BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit. p. 355 s., il quale argomenta sulla base della differente dizione usata nella legge delega che sembra alludere alla sola sanzione di cui all'art. 9 lett. a, laddove, invece, il decreto legislativo fa genericamente riferimento ad una sanzione interdittiva che comporti l'interruzione dell'attività; LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 162 secondo il quale, però, la paralisi dell'attività deve porsi quale conseguenza immediata della sanzione interdittiva.

<sup>138</sup> *Relazione al decreto 231/2001*, par. 6, dove si fa riferimento esplicito, però, alla sola sanzione della revoca di autorizzazioni, licenze o concessioni.

<sup>139</sup> CATTANEO, *Servizi di pubblica necessità (tutela penale dei)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, p. 356.

<sup>140</sup> EPIDENDIO, *Le sanzioni*, cit., p. 358.

<sup>141</sup> EPIDENDIO, *Le sanzioni*, cit., p. 358.

<sup>142</sup> Trib. Milano, 20 settembre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, p. 528.

rilevanza della natura eventualmente privata dell'ente e la mancanza di atto formale di attribuzione della funzione, ove vi sia la disponibilità di fondi vincolati a scopi pubblicistici<sup>143</sup>. In un'altra occasione, ha assunto come discriminare la riferibilità ad un servizio in favore della generalità dei cittadini o di determinate categorie, in genere assunto dallo Stato o da enti pubblici<sup>144</sup>.

Per quanto riguarda, invece, la crisi occupazionale, è la norma stessa ad ancorare la prognosi alle dimensioni ed alla collocazione territoriale dell'ente. Il primo indicatore assume rilievo nella misura in cui l'impresa sia sufficientemente grande da consentire l'impiego della forza lavoro in settori aziendali non colpiti dall'interdizione, oppure qualora la stessa sia in grado di predisporre misure organizzative idonee a consentire comunque il riassorbimento dei dipendenti nell'originaria collocazione. Il secondo impone di verificare se vi sia una concreta prospettiva di assorbimento della manodopera in altri enti che operino nella stessa area<sup>145</sup>.

Si tratta, in ogni caso, di valutazioni che, sebbene supportate da parametri legali, si colorano di una forte discrezionalità, andando a lambire il piano dell'opportunità politico-amministrativa, in special modo quando si tratta di analizzare la situazione industriale del territorio dove è situata l'impresa<sup>146</sup>.

Venendo ai compiti e ai poteri riservati al commissario, l'art. 15 comma 2 d.lgs. 231/2001 ne rimette la determinazione al giudice, che provvederà ad indicarli nella sentenza con cui dispone la prosecuzione dell'attività, tenendo conto della specifico settore in cui è stato consumato l'illecito.

La scelta del legislatore delegato di lasciare ampia flessibilità al giudice tanto nella determinazione delle competenze del commissario, quanto con riferimento alle categorie di soggetti tra i quali effettuare la nomina<sup>147</sup>, ha suscitato qualche perplessità<sup>148</sup>. La genericità del dato normativo viene,

<sup>143</sup> Cass., 27 dicembre 2005, in *CED* 231233.

<sup>144</sup> Cass., 24 ottobre 1997, in *CED* 210232.

<sup>145</sup> Sul punto DE MARZO, *Le sanzioni amministrative: pene pecuniarie e sanzioni interdittive*, in *Le Società*, 2001, p. 1308.

<sup>146</sup> Sottolinea questo aspetto, FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 507.

<sup>147</sup> In mancanza di indicazioni legislative, si ritiene che il giudice potrà scegliere i commissari tra quelli di sua fiducia dotati delle capacità gestionali richieste dai compiti al medesimo rimessi. Si precisa, altresì, che la figura del commissario non è assimilabile né a quella dell'ausiliario del giudice (non trattandosi di un soggetto che assiste il giudice nel compimento delle sue attività ex art. 126 c.p.p.) né a quella di un perito o consulente tecnico (non trattandosi di un mezzo di prova poiché la nomina non è finalizzata all'accertamento di fatti), così EPIDENDIO, *Le sanzioni*, cit., p. 359.

<sup>148</sup> DE MARZO, *La delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 107.

comunque, facilmente colmata ritenendo che il commissario non debba fare altro che assumere, in via temporanea, la direzione e gestione dell'ente da esercitare secondo le direttive fissate dal giudice<sup>149</sup>. Il commissario, dunque, andrà a sostituire gli organi amministrativi; in casi particolari, ad esempio se il socio di maggioranza sia anche amministratore e autore del reato, può assumere anche i compiti dell'assemblea<sup>150</sup>. Quanto alla possibilità di compiere atti di straordinaria amministrazione, è necessaria un'espressa autorizzazione del giudice, a norma dell'art. 15 comma 3 d.lgs. 231/2001<sup>151</sup>.

C'è un'unica attività, tra quelle demandate al commissario, ad essere espressamente prevista dalla legge: l'adozione ed efficace attuazione di modelli organizzativi. Questo aspetto conferisce al commissariamento una finalità ulteriore rispetto a quella, già illustrata, di contemperare l'esigenza punitiva con quella di tutela della collettività, poiché ne svela il carattere curativo, teso al recupero dell'ente che delinque. Sotto tale profilo, l'istituto in parola presenta delle analogie con modelli di matrice estera, quali il *corporate probation* statunitense e il *placement sous surveillance judiciaire* francese<sup>152</sup>: obiettivo comune di simili misure è quello di imporre una sorta di trattamento terapeutico che, individuati i meccanismi criminogeni interni all'ente, provveda alla loro neutralizzazione sul presupposto che l'illecito costituisca la spia di una degenerazione patologica da debellare<sup>153</sup>.

Il dovere del commissario di curare l'adozione dei modelli fornisce l'occasione per passare all'analisi delle problematiche che coinvolgono l'istituto, quando viene applicato in sede cautelare. Infatti, immessa in questo specifico settore per effetto del rinvio operato dall'art. 45 d.lgs. 231/2001, la disciplina di cui all'art. 15 necessita di taluni adattamenti ed il principale dubbio interpretativo concerne proprio la possibilità di adottare i modelli organizzativi.

<sup>149</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 509; GIAVAZZI, *Le sanzioni interdittive*, cit., p. 132.

<sup>150</sup> DI GERONIMO, *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione dei modelli organizzativi post-factum ed il commissariamento giudiziale nelle dinamiche cautelari*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 265, il quale sottolinea la differenza tra l'istituto *de quo* e altre forme di commissariamento giudiziale, come quello previsto dall'art. 2049 c.c.

<sup>151</sup> La giurisprudenza ha precisato che la distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione non va ricercata nel carattere conservativo dell'atto posto in essere, in quanto il compimento di atti di disposizione dei beni è connaturato all'esercizio dell'impresa; ma riguarda la relazione dell'atto con la normalità della gestione dell'ente in cui il commissario è chiamato ad operare, tenendo conto di tutti gli elementi concreti che valgono a caratterizzarla. Di conseguenza, eccede l'ordinaria amministrazione l'atto dispositivo estraneo all'oggetto sociale, che non è rivolto a realizzare gli scopi economici della società

<sup>152</sup> Per un approfondimento di questi istituti si rinvia a DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 89.

<sup>153</sup> CERNUTO, *Sub art. 15 d.lgs. 231/2001*, in *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, Napoli, 2007, p. 150.

Si è osservato<sup>154</sup> come quest'ultima attività si giustifichi a fronte di una sentenza di condanna, ma non nell'ipotesi di una valutazione indiziaria, quale è quella cautelare. Nel primo caso, infatti, sussiste un accertamento di responsabilità che ha riscontrato carenze organizzative dell'ente, mentre nella fase cautelare tale accertamento è ancora in corso e, pertanto, non essendo stata dimostrata ancora alcuna negligenza, non si può imporre all'ente di dotarsi dei modelli per il tramite del commissario, laddove l'adozione di questi ultimi, in fase di cognizione, risulta assolutamente spontanea<sup>155</sup>. Del resto, se la società, in fase cautelare, intende fornirsi di modelli, potrà sfruttare il meccanismo di sospensione di cui all'art. 49 d.lgs. 231/2001<sup>156</sup>, che le consentirà di liberarsi della restrizione applicatagli. Oltretutto la condotta ripristinatoria del commissario potrebbe trasformarsi in un elemento dimostrativo della carenza organizzativa dell'ente, con ripercussioni sulla valutazione probatoria<sup>157</sup>.

Esclusa la possibilità di attuare modelli organizzativi in sede cautelare da parte del commissario, il giudice si troverà, però, dinanzi alla difficile alternativa se consentire comunque la prosecuzione dell'attività dell'ente che, sebbene commissariato, continuerebbe ad operare in una situazione di propensione all'illecito oppure applicare la misura cautelare paralizzando o limitando l'attività d'impresa. La legge non fornisce parametri che guidino il giudice in quella che è una valutazione discrezionale, si ritiene comunque che, nel confronto tra i contrapposti interessi della tutela della collettività dal pericolo di reiterazioni di reati e le esigenze di cui all'art. 15 d.lgs. 231/2001, debba prevalere il primo a meno che le carenze organizzative dell'ente presentino un rischio di reato assolutamente minimo<sup>158</sup>.

Ulteriore problema riguarda il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività dell'ente commissariato, di cui l'art. 15 comma 4 dispone la confisca. E' di tutta evidenza la natura ablatoria e definitiva di un simile provvedimento, che non può trovare applicazione all'esito di un accertamento *in*

---

<sup>154</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 510.

<sup>155</sup> Ribadisce la spontaneità sottesa alla scelta di dotarsi dei modelli organizzativi Cass., 23 giugno 2006, La Fiorita, cit., a fronte di un'ordinanza cautelare con cui il giudice aveva imposto all'ente l'adozione degli stessi.

<sup>156</sup> Vd. *infra*, cap. IV.

<sup>157</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 510. Invita a rimeditare tale conclusione, sottolineando il sacrificio che ne deriva per la tutela della collettività e dell'ente stesso ATTILI, *Intervento al Convegno "Responsabilità degli enti"*, Jesi, 10-11 maggio 2007.

<sup>158</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 511.

*itinere*<sup>159</sup>. Tuttavia, bisognerà pur trovare una destinazione per tale profitto, in assenza di determinazioni normative al riguardo. La soluzione prospettata in dottrina impone, da una parte, di tenere conto della tutela dell'ente, che non può essere in questa fase penalizzato in via irreversibile, e, dall'altra, di considerare un'eventuale futura sentenza di condanna, che renderebbe necessario acquisire il profitto conseguito durante il periodo del commissariamento. Tutto ciò considerato, si ritiene che spetti al giudice, ai sensi dell'art. 15 comma 2, dare indicazioni sulla destinazione e custodia del profitto, eventualmente disponendone il sequestro, rinviando così all'esito dell'accertamento della responsabilità dell'ente ogni decisione definitiva sulla confisca<sup>160</sup>.

Tra le ricadute pratiche dell'illustrato istituto, particolare interesse ha suscitato la questione inerente alla possibilità, per l'ente soggetto a commissariamento in via cautelare, di partecipare alle gare d'appalto. Il Consiglio di Stato, più volte intervenuto sul tema, ha stabilito l'illegittimità dell'esclusione, fatta eccezione per l'ipotesi in cui la misura cautelare applicata consista nel divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, espressamente previsto dal codice degli appalti<sup>161</sup> come causa di esclusione dalle gare<sup>162</sup>.

---

<sup>159</sup> Sul punto CORAPI, *La nomina del commissario giudiziale*, in Atti del Convegno su *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, Roma, 2001, in *Cass. pen.*, suppl. al n. 6, 2003, p. 140. Ad ulteriore corroborazione della non confiscabilità del profitto frutto del commissariamento, in sede cautelare, si ricorda che la confisca non è richiamata tra le sanzioni che possono applicate a titolo cautelare, inoltre l'art. 45 comma 3 si limita a richiamare l'art. 15 per quanto riguarda la possibilità di nomina, ma non per le ulteriori condizioni previste in detta disposizione (così EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, cit. p. 427.

<sup>160</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 512.

<sup>161</sup> D.lgs. 163/2006, art. 38 comma 1, lett. *m*.

<sup>162</sup> Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4415. Per un approfondimento in materia si rinvia a LECIS-PERRONE, *Partecipazione alle gare d'appalto e misure cautelari ex d.lgs. 231/2001*, in *La resp. amm. Soc. enti*, 2007, n. 3, p. 7.

## CAPITOLO II

# IL PROCEDIMENTO APPLICATIVO DELLE MISURE CAUTELARI INTERDITTIVE

SOMMARIO: 1. La domanda cautelare del pubblico ministero. - 2. Il giudice competente. - 3. Il contraddittorio anticipato. - 3.1. Funzione, caratteristiche e centralità dell'udienza camerale ex art. 47 comma 2 d.lgs. 231/2001. - 3.2. Il ruolo dei modelli organizzativi. - 3.3. Il problema della distribuzione dell'onere della prova. - 3.3.1. Rispetto agli apicali. - 3.3.2. Rispetto ai sottoposti. - 4. Interferenze tra giudizio cautelare e giudizio di merito: regole di accertamento ed autonomia cognitiva.

### 1. La domanda cautelare del pubblico ministero.

Il procedimento applicativo delle misure cautelari a carico degli enti giuridici è parametrato su quello codicistico, dal quale diverge, tuttavia, per alcuni significativi aspetti. Pur nel nucleo dei tratti comuni, peraltro, le peculiarità della materia sono tali da conferire allo schema classico del procedimento cautelare un volto del tutto originale.

Anche in questa sede, l'iniziativa è riservata al pubblico ministero, escludendosi ogni potere officioso da parte del giudice<sup>1</sup>.

Quanto al *dossier* argomentativo di cui deve essere corredata la richiesta dell'accusa, l'art. 45 d.lgs. 231/2001 riproduce quasi letteralmente il disposto dell'art. 291 c.p.p., prescrivendo che il pubblico ministero presenti al giudice gli elementi sui cui si fonda la domanda, nonché gli elementi a favore dell'ente e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate.

---

<sup>1</sup> Il principio della domanda individua uno dei tratti più qualificanti del procedimento *de libertate*, fedele al modello accusatorio cui s'ispira il codice del 1988: introdotto sulla scia della legge n. 330 del 1988 (tipico esempio di "legge ponte"), esso ha determinato la sottrazione del potere cautelare al pubblico ministero, che nel sistema del 1930 poteva invece esercitarlo ove si procedesse mediante istruzione sommaria.

L'esercizio del potere cautelare individua oggi il risultato di una fattispecie complessa: da un lato è necessario l'impulso del pubblico ministero, che però non ha titolo per emettere misure cautelari (né personali né reali); dall'altro, il giudice non può esercitare il potere coercitivo senza la previa richiesta del pubblico ministero.

Il richiamo va contestualizzato. Sul versante dei dati a carico, non possono che riproporsi quei margini di discrezionalità selettiva di cui il pubblico ministero beneficia a tutela delle indagini. Ma la frizione che tale assetto è suscettibile di innescare rispetto alle istanze garantiste della difesa si ridimensiona fino a scomparire nell'ambito *de quo*, in virtù della presenza di un contraddittorio anticipato per l'emanazione del provvedimento cautelare<sup>2</sup>. D'altro canto, riguardo agli elementi favorevoli all'ente<sup>3</sup>, perde rilievo la disposizione che impone di presentare le deduzioni e le memorie difensive già depositate, dal momento che nell'apposita udienza la difesa potrà non solo depositare le memorie, comprese quelle già presentate al pubblico ministero, ma illustrare la propria posizione e contraddire la tesi accusatoria; potrà altresì presentare direttamente gli eventuali risultati delle indagini difensive a norma dell'art. 391 *octies* c.p.p.<sup>4</sup>

Resta da chiarire il significato che riveste, in questo specifico contesto, la norma che, con formula generica, fa carico al pubblico ministero di depositare gli elementi a favore dell'ente<sup>5</sup>. Tale disposizione viene ad assumere un'importanza cruciale, in considerazione delle numerose circostanze che possono essere valorizzate al fine di escludere la responsabilità dell'ente o, quanto meno, la necessità di applicare misure cautelari. Si pensi, per esempio, alla sussistenza di un interesse esclusivo dell'autore del reato (art. 5 comma 2 d.lgs. 231/2001) o al prodursi di un danno patrimoniale di particolare tenuità (art. 12).

Ove nel corso delle indagini dovessero emergere elementi di questo tipo, in base al combinato disposto di cui agli articoli 45 d.lgs. 231/2001 e 291 c.p.p., il pubblico ministero sarebbe tenuto ad allegarli all'atto della richiesta cautelare. Tuttavia, ci si può interrogare circa il grado di reale osservanza che incontrerà

---

<sup>2</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 485.

<sup>3</sup> Rispetto ai quali si fa notare come l'art. 45 d.lgs. 231/2001 non riproduca l'aggettivo "tutti" di cui all'art. 291 c.p.p., escludendo però che la difformità testuale corrisponda ad una differenza di sostanza, così PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 255.

<sup>4</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 485.

<sup>5</sup> Con riferimento all'art. 291 c.p.p., si è chiarito che con tale locuzione devono intendersi tutti gli elementi rilevanti per la situazione cautelare dell'imputato, inclusi non solo i dati che possono incidere favorevolmente sulla responsabilità, come ad esempio gli aspetti della gravità indiziaria e della qualificazione del fatto, ma anche le informazioni che possono comunque rilevare in ordine all'accertamento delle esigenze cautelari e alla personalità dell'imputato, così GIOSTRA, *Art. 8 legge 8 agosto 1995, n. 332*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale*, Padova, 1995, p. 126.

Secondo la giurisprudenza, nella nozione di elementi a favore rientrano solo gli elementi di natura oggettiva e di fatto aventi rilievo concludente, mentre restano escluse le mere posizioni difensive negatorie, le prospettazioni di tesi alternative e gli assunti assertori e defatiganti (Cass., 4 marzo 1997, De Leonardo, in *C.E.D. Cass.*, n. 217139).



una simile disposizione, in un contesto dove la difesa ha la possibilità di far valere tutti gli elementi a suo favore già prima dell'applicazione della cautela. Va ricordato che, pur nella generale condivisione di una scelta volta a rafforzare i poteri cognitivi del giudice cautelare, all'indomani della riforma di cui alla legge 335/1995, si è fatto prontamente notare come il criterio di scelta degli atti da trasmettere al giudice da parte del pubblico ministero resti incontrollabile, con la conseguente impossibilità di neutralizzare il rischio di condizionamento della decisione<sup>6</sup>. Infatti, pur essendo agevolmente ravvisabile nella violazione dell'obbligo gravante sul pubblico ministero un'ipotesi di nullità intermedia per violazione del diritto di difesa dell'imputato<sup>7</sup>, la disposizione resta priva di efficacia sul piano pratico, perchè rimane "misterioso" il modo in cui si possa realmente verificare l'inosservanza del dovere di presentazione<sup>8</sup>.

Ebbene, se la possibilità (non fisiologica, ma realistica) che il pubblico ministero non porti a conoscenza del giudice gli elementi probatori a favore dell'imputato<sup>9</sup> può ritenersi permanente nel contesto codicistico, anche dopo la riforma del 1995, è molto probabile che nell'incidente cautelare *de societate*, l'accusa si guardi bene dal fornire essa stessa all'ente indagato – che gode di tutela di gran lunga maggiore rispetto alla persona fisica - un *assist* per costruire la propria linea difensiva.

Inoltre, la regola in questione deve essere coordinata con il delicato problema della distribuzione dell'onere probatorio, derivante dalle previsioni di cui agli articoli 6 e 7 del d.lgs. 231/2001. Infatti, la prima norma – che disciplina l'illecito dipendente dal reato dei vertici - sembra delineare una vera e propria inversione dell'onere della prova, sulla cui legittimità grava più di un dubbio<sup>10</sup>. Nella seconda ipotesi - concernente l'illecito da reato dei sottoposti – in cui non compare una regola espressa in ordine alla distribuzione dei compiti probatori, risulta piuttosto controverso stabilire su quale parte gravi l'onere della prova, a

---

<sup>6</sup> ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in GREVI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano, 1996, p. 110; nello stesso senso GIOSTRA, *Art. 8*, cit., p. 154; MANZIONE, sub art. 291 in *Commentario al codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, III agg., Torino, p. 166.

<sup>7</sup> VITTORINI G., *Il procedimento applicativo*, in AMODIO, *Nuove norme*, cit., p. 33; in giurisprudenza cfr. Cass., 13 febbraio 1998, Migliaccio, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 1521, con nota di NACAR, *Una felice – ma discutibile - "operazione garantista" della Cassazione*; Cass., 5 ottobre 1998, Gradi ed altro, *ivi*, 2000, p. 979.

<sup>8</sup> FERRUA, *Poteri istruttori e del pubblico ministero e nuovo garantismo: un' inquietante convergenza degli estremi*, in GREVI, *Misure cautelari*, cit., p. 263.

<sup>9</sup> CIANI, sub art. 291 c.p.p., in *Commentario*, a cura di Chiavario, cit., p. 163.

<sup>10</sup> Sui profili estremamente problematici che scaturiscono da tale norma si rinvia ai paragrafi 3.3.1 e 3.4.

causa di una formulazione della norma non particolarmente limpida<sup>11</sup>. Il dubbio investe ovviamente anche la dinamica cautelare, all'interno della quale risulta fondamentale accertare se sia l'ente a dover provare la sussistenza e validità del modello organizzativo oppure se ciò rientri nell'obbligo di ostensione dell'accusa, dovendo il pubblico ministero dimostrare, all'atto della presentazione di una richiesta cautelare, che la società non si era dotata di modelli idonei a prevenire il rischio reato.

Il tema sarà oggetto di specifica trattazione nel prosieguo del capitolo.

## **2. Il giudice competente.**

Non è riscontrabile alcuna deviazione dalla disciplina codicistica quanto alle regole che individuano il giudice legittimato ad applicare la misura cautelare. Analogamente all'art. 279 c.p.p., l'art. 47 comma 1 d.lgs. 231/2001 attribuisce la competenza al giudice che procede, precisando che nel corso delle indagini provvede il giudice delle indagini preliminari e rinviando, per altre fasi, all'art. 91 delle disposizioni di attuazione. Di conseguenza, negli atti preliminari al dibattimento sarà competente il tribunale in composizione collegiale o monocratica a seconda dei casi; dopo la pronuncia della sentenza di primo grado e prima della trasmissione degli atti a norma dell'art. 590 c.p.p. il giudice che ha emesso la sentenza; durante la pendenza del ricorso in Cassazione, l'organo che ha emesso il provvedimento impugnato.

Le stesse regole valgono anche in materia di revoca delle misure e modifica delle modalità esecutive, nonché nei casi di sospensione e sostituzione delle cautele, sebbene rispetto alle due ultime situazioni citate il legislatore taccia<sup>12</sup>.

L'unico dubbio che si prospetta in materia riguarda l'applicabilità o meno dell'art. 291 comma 2 c.p.p., che prevede la possibilità di disporre in via d'urgenza le misure cautelari da parte del giudice incompetente. La regola non è riprodotta, né espressamente richiamata dall'art. 47 d.lgs. 231/2001; ciò non rappresenta tuttavia un argomento dirimente, in virtù della clausola generale di cui all'art. 34 d.lgs. 231/2001, che rinvia alle disposizioni del codice di rito, in quanto compatibili. D'altra parte, proprio il limite di compatibilità contenuto in

---

<sup>11</sup> Vd. par. 3.3.2.

<sup>12</sup> BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, cit., p. 279. Sul punto, vd. *infra*, cap. III.

questa clausola induce ad escludere l'applicabilità della regola in discorso poiché, da un lato, la mancata previsione delle esigenze attinenti al pericolo istruttorio ed al pericolo di fuga rende difficilmente realizzabile il presupposto dell'urgenza; dall'altro, il procedimento garantito di cui all'art. 47 comma 2 esclude che si possa delineare la situazione cui fa fronte l'art. 291 comma 2 c.p.p.: infatti, nel procedimento *de quo* il giudice può rilevare la propria incompetenza prima della fissazione dell'udienza in camera di consiglio<sup>13</sup>. Residuerrebbe un limitato ambito applicativo per la disposizione codicistica nell'ipotesi in cui il giudice rilevi una causa di incompetenza nel corso dell'udienza<sup>14</sup>.

### 3. Il contraddittorio anticipato.

*3.1. Funzione, caratteristiche e centralità dell'udienza camerale ex art. 47 comma 2 d.lgs. 231/2001.*

Come più volte anticipato, la peculiarità più significativa del sistema cautelare che vede protagonisti gli enti giuridici consiste nella presenza di un contraddittorio finalizzato all'adozione del provvedimento interdittivo.

Dalla previsione di cui all'art. 47 comma 2 d.lgs. 231/2001 si desume chiaramente che l'ordinanza cautelare deve essere emessa in seguito allo svolgimento di un'udienza. Nel caso in cui l'incidente cautelare si inserisca nel corso delle indagini preliminari, il giudice dovrà fissare un'udienza apposita; si sfrutteranno, invece, l'udienza preliminare o quella dibattimentale, ove la richiesta del pubblico ministero dovesse maturare all'interno di tali fasi<sup>15</sup>.

Soffermandoci sulla prima ipotesi, presumibilmente più frequente rispetto alle altre, l'assetto procedimentale risulta così strutturato: ricevuta la richiesta dell'accusa, il giudice delle indagini preliminari fissa l'udienza, facendone dare avviso al pubblico ministero, all'ente e al suo difensore, ai quali va garantita la possibilità di esaminare tempestivamente la richiesta stessa e gli elementi sui

<sup>13</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 486 s.

<sup>14</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 486 s.

<sup>15</sup> Si osserva che nell'ipotesi di presentazione a sorpresa della domanda cautelare in un'udienza di merito, il giudice dovrà concedere un termine alle parti che ne facciano richiesta, per consentire loro di replicare efficacemente alla domanda, così PRETE, *Le misure cautelari nel processo contro gli enti*, in FIORELLA-LANCELOTTI, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato*, Torino, 2004, p. 319.

quali si fonda. Tra il deposito della richiesta e la data dell'udienza non può intercorrere un termine superiore a quindici giorni, il cui mancato rispetto non è espressamente sanzionato, salva l'applicabilità dell'art. 124 c.p.p.<sup>16</sup>. Lo svolgimento dell'udienza è forgiato sul modello di cui all'art. 127 c.p.p., del quale si richiama la disciplina, fatta eccezione per le disposizioni riguardanti l'ordinanza camerale, le impugnazioni e l'inammissibilità della richiesta (commi 7, 8 e 9); sono inoltre previsti dei ritmi più serrati, posto che i termini fissati dai commi 1 e 2 dell'art. 127 c.p.p., rispettivamente per la comunicazione o notifica della data d'udienza e per la presentazione delle memorie, sono ridotti a cinque e tre giorni. L'udienza si svolge, dunque, in camera di consiglio, con la possibilità delle parti non solo di presentare memorie, come appena ricordato, ma anche di esser sentite, qualora decidano di comparire. Come da disciplina generale, l'ente partecipa all'udienza con il proprio rappresentante legale, a meno che questi non sia imputato del reato presupposto, nel qual caso l'ente può nominare un rappresentante *ad litem* o scegliere di non essere rappresentato nel procedimento<sup>17</sup>.

Nella Relazione al d.lgs. 231/2001, la scelta di introdurre un contraddittorio anticipato in sede cautelare viene giustificata in base ad un'esigenza di potenziamento delle istanze difensive, infatti «la dialettica tra le parti costituisce lo strumento più efficace per porre il giudice nella condizione di adottare una misura interdittiva, che può avere conseguenze particolarmente incisive sulla vita della persona giuridica; in questo modo, 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>18</sup>.

Se si valorizza il solo dato testuale, non sorprende che l'opzione prevista per gli enti abbia destato un certo stupore, sembrerebbe «quasi che la libertà personale abbia rilievo costituzionale inferiore a quello della libertà d'impresa»<sup>19</sup>. Né, d'altro canto, risultano sproporzionate le ottimistiche aspettative, manifestate all'indomani dell'entrata in vigore del decreto 231, di chi ha intravisto nel

<sup>16</sup> BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, cit., p. 279.

<sup>17</sup> Sulla partecipazione dell'ente al procedimento si rinvia a FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in *Reati e responsabilità*, cit., p. 417 ss.

<sup>18</sup> Così, *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, § 17*.

<sup>19</sup> Si esprime in questi termini G.i.p. Trib. Milano, ord. 6 novembre 2002, Soc. X e Y, inedita.

meccanismo *ex art. 47 comma 2* una sorta di modello sperimentale per futuri adattamenti della disciplina codicistica, quantomeno nella prospettiva di un'estensione all'intera gamma delle misure cautelari interdittive<sup>20</sup>. Se, infatti, le ragioni garantiste esplicate nella Relazione hanno fondamento rispetto ai soggetti collettivi, *a fortiori* devono valere per le persone fisiche, quando in gioco vi siano diritti e facoltà di rango costituzionale, prima fra tutte la libertà personale.

L'esigenza di potenziare le garanzie dell'indagato all'interno del procedimento *de libertate* anima il dibattito dottrinale e le istanze riformistiche del codice di rito senza soluzioni di continuità, e l'introduzione di un contraddittorio anticipato ispirato al modello francese<sup>21</sup> rappresenta per molti la migliore risposta a tali sollecitazioni<sup>22</sup>. Non era difficile, dunque, cadere preda di facili entusiasmi di fronte ad una scelta legislativa che, sia pure nel limitato ambito di cui al d.lgs. 231/2001, ha il previsto il contraddittorio preventivo quale regola generale per l'applicazione di misure cautelari. Non era difficile cogliere in quella scelta una volontà di sperimentazione che dagli enti potesse estendersi alle persone fisiche.

Non senza rammarico, bisogna riconoscere che si è trattato di ricostruzioni animate da eccessivo ottimismo. Se si va ad analizzare il ruolo che l'udienza *ex art. 47* ricopre all'interno dell'incidente cautelare, si noterà che il contraddittorio

---

<sup>20</sup> Di questo avviso CERESA-GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, in VINCIGUERRA-CERESA GASTALDO-ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004, p. 140 ss; ID, *Il "processo alle società"*, cit., p. 47 ss.; LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche; profili processuali del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2529 ss.

Di parere contrario PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 256, secondo il quale siffatta soluzione normativa non soddisfa le basilari esigenze di funzionalità dell'intervento cautelare, notoriamente legate alla struttura a sorpresa di quest'ultimo; considera, invece, il contraddittorio anticipato un "regalo a buon mercato" data l'irrelevanza dell'effetto sorpresa in questa sede, PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 132.

<sup>21</sup> Per una disamina del modello francese si rinvia a: CONFALONIERI, *Il controllo giurisdizionale sulla custodia cautelare. Modello italiano e modello francese a confronto*, Padova, 1996; GALANTINI, *Profili della giustizia penale francese*, 2° ed., Torino, 1995, p. 116 ss.; DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, in AA. VV., *Procedure penali d'Europa*, a cura di Delmas-Marty e Chiavario, Padova, 2001, p. 157.

<sup>22</sup> Per un quadro generale delle riflessioni in materia di potenziamento del diritto di difesa in sede cautelare si rinvia ai seguenti contributi: CONSO, *La collegialità del g.i.p.: un'ipotesi praticabile?* in *Dir. proc. pen.*, 1996, p. 401; ILLUMINATI e SPANGHER, *Relazioni*, in AA. VV., *G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?* (Atti dell'incontro di studio di Firenze, 7 maggio 1996), Napoli, p. 21 e p. 41; GREVI, *Garanzie difensive e misure cautelari personali*, in AA. VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Milano, 1997, p. 93; ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, in AA. VV., *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, Milano, 1995, p. 72; M. FERRAIOLI, *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, 2° ed., Padova, 2001, p. 136 ss.; CERESA-GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993, p. 32. Più di recente: DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 865; RANALDI, *Il contraddittorio anticipato in materia de libertate: ratio e profili di una proposta operativa "possibile"*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1165; MORSELLI, *Libertà personale, "giusto processo" e contraddittorio anticipato: prospettive de iure condendo*, *ivi*, 2006, p. 1302.

anticipato trova una collocazione fisiologica, se non addirittura obbligata, nel sistema in oggetto, che ne ridimensiona in misura notevole le potenzialità espansive.

E' fuor di dubbio che la possibilità di partecipare all'*iter* decisionale finalizzato all'emissione del provvedimento cautelare implementi sensibilmente le garanzie del soggetto da sottoporre a cautela; tuttavia, la funzione difensiva sottesa al contraddittorio di cui all'art. 47 d.lgs. 231/2001 risulta avviluppata in una dimensione collaborativa che finisce per sovrastarla.

L'ente potrà sfruttare l'udienza cautelare anzitutto per dimostrare di aver adottato, prima che al suo interno maturasse l'ipotesi delittuosa contestata, un modello organizzativo idoneo a prevenire il reato. In questa sede, un eventuale giudizio positivo sul modello *ante delictum* escluderebbe indubbiamente l'esigenza di sottoporre l'ente a misura cautelare<sup>23</sup>. Ebbene, dal momento che l'avvenuta adozione ed efficace attuazione dei modelli organizzativi costituisce una causa di esclusione della punibilità<sup>24</sup> la cui prova, quanto meno rispetto ai soggetti apicali, grava sull'ente stesso, un meccanismo applicativo che - sulla falsariga dell'art. 291 c.p.p. - facesse scaturire la decisione del giudice dalla sola richiesta del pubblico ministero, renderebbe inoperante la possibilità di fornire la prova liberatoria<sup>25</sup>. Ciò dimostra la funzionalità del contraddittorio anticipato rispetto all'architettura che sorregge il sistema di responsabilità collettiva.

Un simile discorso, tuttavia, vale anche rispetto alle cautele personali. L'art. 273 comma 2 c.p.p., infatti, esclude espressamente l'applicazione di misure cautelari ove risulti che il fatto sia stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di non punibilità o se sussiste una causa di estinzione del reato o della pena. L'indagato, dunque, avrebbe tutto l'interesse a dimostrare, prima dell'applicazione della misura, che ricorre una delle situazioni richiamate, e in dottrina non si è mancato di sottolineare quanto pesino sul funzionamento di detta regola, e quindi sull'effettivo rilievo attribuito in astratto all'antigiuridicità in sede cautelare, la struttura unilaterale dell'iniziativa *ex art. 291 c.p.p.* e i limitati spazi concessi alla difesa<sup>26</sup>. La questione, di una certa importanza, sarà oggetto di attenzione del prosieguo del capitolo.

---

<sup>23</sup> Sul ruolo dei modelli organizzativi in sede cautelare vd. più diffusamente *infra*, par. 3.2.

<sup>24</sup> Sulla qualificazione dogmatica dei modelli (*rectius* dell'avvenuta adozione dei modelli) vd. *infra*, paragrafi 3.3.1 e 3.3.2

<sup>25</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 476.

<sup>26</sup> NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 122 s.

Tornando alle possibilità accordate all'ente grazie alla celebrazione dell'udienza cautelare, quest'ultimo può altresì dimostrare, in quel contesto, di aver realizzato le condotte riparatorie prescritte dall'art. 17 d.lgs. 231/2001; oppure può chiedere, immediatamente dopo l'applicazione di una misura cautelare di cui siano stati ravvisati i presupposti, la contestuale sospensione della misura stessa ai sensi dell'art. 49 d.lgs. 231/2001 onde poter realizzare gli adempimenti sopra menzionati<sup>27</sup>.

Infine, l'udienza in discorso può divenire la sede naturale per valutare se ricorrono le condizioni che consentono al giudice di surrogare la misura concretamente applicabile con il commissariamento dell'ente<sup>28</sup>.

La descrizione delle diverse attività suscettibili di essere ospitate nell'udienza camerale *ex art. 47* d.lgs. 231/2001 dimostra, da una parte, che la previsione di un contraddittorio anticipato si poneva quale scelta obbligata rispetto agli enti, in virtù delle caratteristiche che contraddistinguono il sistema di responsabilità a loro carico; dall'altra, testimonia della natura ibrida di tale modello: non esclusivamente baluardo delle istanze difensive dell'indagato, bensì anche incentivo per condotte collaborative, e persino strumento di ponderazione di interessi estranei alla domanda cautelare.

In realtà, la questione concernente la duplice finalità – difensiva e collaborativa - individuata nell'udienza *ex art. 47* va ridimensionata, ove si consideri che, secondo la miglior dottrina, il contraddittorio rappresenta lo strumento epistemologico più efficace per il raggiungimento della verità processuale, il metodo dialettico che, attraverso l'apporto delle parti coinvolte, consente al giudice di giungere ad una decisione caratterizzata da un grado di fallibilità il più basso possibile<sup>29</sup>. E' nella fisiologia del contraddittorio, dunque, che le parti offrano al giudice gli elementi per la sua decisione e che la stessa scaturisca dalla ponderazione dei diversi interessi in causa.

Il problema, tuttavia, può sorgere nella misura in cui l'apporto collaborativo della difesa assuma una dimensione preponderante. La «tendenza a scorgere nel contraddittorio, anziché la traduzione in termini processuali di un antagonismo di interessi, un momento di collaborazione delle parti al raggiungimento della

---

<sup>27</sup> Sul meccanismo di sospensione *ex art. 49* d.lgs. 231/2001 vd. *infra* cap. III.

<sup>28</sup> Sul commissariamento vd. *supra* cap. I, par. 6.

<sup>29</sup> In questo senso GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del) – Diritto processuale penale*, in *Enc. Treccani*, agg. X, 2002, p. 1 ss; FERRUA, *Il "giusto" processo tra modelli regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 401.

verità» viene caldamente scoraggiata dalla dottrina più avvertita in materia<sup>30</sup>. Il rischio che una simile impostazione comporta, cioè quello di configurare in capo alle parti se non un obbligo, quanto meno un onere di verità<sup>31</sup>, risulta piuttosto elevato nel contesto di cui all'art. 47 d.lgs. 231/2001, poiché l'ente indagato si trova a dover fornire un apporto costruttivo determinante per la valutazione giudiziaria, quanto meno rispetto alle decisioni di concedere la sospensione delle misure cautelari a fini riparatori e di nominare un commissario giudiziale. Si è fatto notare come la prevalenza del momento collaborativo si innesti in una fase cosiddetta eventuale del contraddittorio, in cui l'oggetto non è rappresentato dalla regiudicanda cautelare, bensì da considerazioni di opportunità amministrativa concernenti pubblici interessi<sup>32</sup>. Tale assetto, unitamente all'impossibilità di trarre alcun tipo di valutazione negativa dall'atteggiamento non partecipativo dell'ente<sup>33</sup>, consentirebbe di evitare un completo snaturamento del contraddittorio, piegato a mero momento di collaborazione costruttiva.

Radicalmente contraria l'opinione di chi, sia pur in termini generali e non riferiti specificamente allo spazio costruttivo che si apre per l'ente in virtù dell'apposita udienza cautelare, ritiene che le numerose *chances* di ravvedimento accordate all'ente producano un obbligo di collaborazione il cui effetto ultimo è quello di punire solo coloro che non collaborano e non si riallineano spontaneamente al canone della legalità, più che coloro che hanno effettivamente commesso l'illecito<sup>34</sup>. Una simile preoccupazione non è priva di concretezza ove si consideri che una nota ordinanza cautelare<sup>35</sup> ha ravvisato il pericolo di reiterazione anche nella circostanza che la società indagata si fosse «arroccata» e non avesse «dato alcuna risposta», né si fosse preoccupata «di implementare il proprio modello organizzativo carente ed inadeguato». In sostanza, dagli obblighi di prevenzione *ante delictum* viene desunto impropriamente un dovere di collaborazione in capo alla persona giuridica, l'inosservanza del quale viene sanzionata con il ricorso a misure cautelari, con buona pace del *nemo tenetur se detegere* e del divieto di attribuire rilevanza alle scelte difensive ai fini del vaglio

---

<sup>30</sup> GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., p. 5.

<sup>31</sup> GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., p. 5.

<sup>32</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 494.

<sup>33</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 494.

<sup>34</sup> Test. C. FRANZONI, *Il sistema sanzionatorio e delle cautele*, cit., p. 108.

<sup>35</sup> G.i.p. Trib. Milano, ord. 28 aprile 2004, Siemens A.G., cit.



di sussistenza delle esigenze cautelari, secondo quanto dispone l'art. 274 lett. b c.p.p.<sup>36</sup>

Tali degenerazioni giurisprudenziali, tuttavia, non possono certo imputarsi alla previsione di un contraddittorio anticipato. Sebbene l'udienza *ex art. 47* divenga lo spazio privilegiato per saggiare le condotte collaborative dell'ente e, di conseguenza, per inopportune valutazioni giudiziali negative, derivanti dalla loro mancanza, questo cortocircuito si verificherebbe anche al di fuori di un'apposita udienza, ponendosi quale problema di carattere generale che si annida tra i gangli del sistema. Va recuperato, dunque, il valore insito nella scelta di inserire un momento di partecipazione anticipata della difesa in sede cautelare, momento che l'ente può sfruttare a suo vantaggio offrendo, al contempo, un apporto costruttivo per la scelta del giudice, e che non può essere vissuto come una sorta di pericolosa tagliola per la *societas* non collaborante.

Maggiore rilevanza, al fine di ridimensionare le potenzialità espansive della scelta operata dal legislatore del 2001, assume il vincolo che lega il contraddittorio anticipato alla necessità di valutare istanze di carattere pubblico. Quest'ultimo aspetto, che si può cogliere in parte anche nelle condizioni di esonero dalla responsabilità, si manifesta in tutta la sua evidenza con riferimento alla nomina di un commissario giudiziale in luogo della cautela. In tale circostanza, il giudice si trova a dover effettuare valutazioni di carattere politico-amministrativo che coinvolgono interessi pubblici, quali la continuità di una determinata attività economica nonché la situazione occupazionale di una data zona. E' immediato il parallelismo con l'art. 289 comma 2 c.p.p., che, riformato nel 1997, impone l'interrogatorio dell'indagato da sottoporre alla misura interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio. Riguardo a tale novella, la Corte costituzionale - nel respingere le eccezioni di illegittimità sollevate con riferimento alla norma, in quanto implicante un trattamento differenziato rispetto alle altre cautele interdittive - ha individuato la *ratio* della scelta legislativa «nell'esigenza di verificare anticipatamente che la misura della sospensione dall'ufficio o dal servizio non rechi, senza effettiva necessità, pregiudizio alla continuità della pubblica funzione o del pubblico servizio»<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Così AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 333.

<sup>37</sup> C. cost., (ord) 22 giugno 2000, n. 229, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2931.

Tanto con riguardo agli enti, quanto rispetto alla particolare misura di cui all'art. 289 c.p.p., dunque, il giudice deve compiere considerazioni inerenti agli interessi pubblici su cui il provvedimento è destinato ad incidere e quindi un accertamento che solo indirettamente coinvolge le garanzie dell'imputato, le coinvolge, cioè, nella misura in cui il riscontro di un effettivo pregiudizio per l'interesse collettivo si traduca nell'inapplicabilità della misura<sup>38</sup>. In altri termini, accanto ad un'innegabile funzione difensiva, il contraddittorio preventivo di cui all'art. 47 d.lgs. 231/2001, come anche l'interrogatorio previsto dall'art. 289 c.p.p., rivela un'attitudine al riequilibrio di esigenze in parte contrapposte, che lo avvicina ad alcune forme di contraddittorio amministrativo, caratterizzate da una prevalente funzione collaborativa nella ponderazione dei diversi interessi.<sup>39</sup>

In conclusione: le ipotesi previste dall'art 47 d.lgs. 231/2001 e dall'art. 289 c.p.p. presentano un aspetto in comune che mette in luce un dato molto chiaro: il legislatore sembra essere indotto a prevedere il contraddittorio precedente all'adozione di una misura cautelare solo quando ricorrano interessi di natura pubblica e di rilievo costituzionale ulteriori rispetto alle esigenze di garanzia dell'indagato<sup>40</sup>. Questa considerazione lascia pochi spiragli a chi, *de iure condendo*, confida in una generalizzazione della disciplina cautelare delineata nel decreto 231/2001, che, con gli opportuni adeguamenti, vada a contrassegnare anche le cautele personali.

A questo punto, a prescindere dalla prevalenza che si voglia attribuire al dato difensivo piuttosto che a quello collaborativo, occorre verificare se il modello richiamato dall'art. 47 per lo svolgimento dell'udienza – ovvero il modello generale di cui all'art. 127 c.p.p. – assicuri all'ente la possibilità di fornire un valido apporto per la decisione cautelare e, in ultima analisi, se l'udienza in discorso riesca a raggiungere gli scopi che si prefigge.

A tale riguardo, sono stati evidenziati due problemi.

In primo luogo, dal richiamo alla procedura cautelare di cui all'art. 127 c.p.p. deriva l'inesistenza di un diritto all'audizione, bensì la sola facoltà di essere sentiti subordinata alla comparizione delle parti. Questa forma di

---

<sup>38</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 491.

<sup>39</sup> Test. FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 493.

<sup>40</sup> E' questa, del resto l'impostazione scaturente dall'insegnamento della Corte cost. nella pronuncia sopra ricordata, riferita all'art. 289 c.p.p., come modificato.

“contraddittorio leggero”<sup>41</sup> è giudicato insoddisfacente rispetto alle esigenze di un dibattito che abbia ad oggetto la misura cautelare<sup>42</sup>, in special modo ove si consideri che, in caso di legittimo impedimento dell’ente (*rectius* del suo rappresentante legale) che abbia chiesto di essere sentito, sussiste il diritto al rinvio dell’udienza, secondo quanto riconosce l’art. 127 comma 4 c.p.p. all’imputato; mentre, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, alcuna importanza è attribuita all’impedimento del difensore, rilevante solo in sede dibattimentale<sup>43</sup>. Ebbene, a differenza dei procedimenti impugnatori di cui agli art. 309 e 324 c.p.p., nei quali trova applicazione la suddetta lettura, nell’udienza *ex art. 47 d.lgs. 231/2001* l’intervento del difensore è destinato a svolgere un ruolo assai più pregnante, poiché non si tratta di contestare un provvedimento già formato – per cui sarebbero sufficienti anche dei meri apporti scritti – bensì di contribuire alla formazione della prima decisione, rispetto alla quale il contributo della difesa può rivelarsi decisivo. Si auspica, dunque, che riguardo al nuovo modello di contraddittorio anticipato destinato agli enti, venga superata la rigorosa interpretazione formatasi sull’art. 127 c.p.p. e sia riconosciuto il diritto al rinvio dell’udienza anche in caso di legittimo impedimento del difensore e non solo nel caso – pacifico – in cui questi rappresenti l’ente ai sensi dell’art. 39 comma 4 d.lgs. 231/2001<sup>44</sup>.

Altra questione concerne la possibilità o meno di individuare, all’interno dell’udienza camerale, uno spazio istruttorio.

Secondo l’opinione dominante, nell’ambito del modello prefigurato dall’art. 127 c.p.p., si celebra un contraddittorio meramente cartolare, limitato all’apporto

---

<sup>41</sup> Secondo CORDERO, *Procedura penale*, VII edizione, 2003, Torino, p. 391, la forma di contraddittorio eventuale prevista dall’art. 127 comma 3 c.p.p. risponde ad un modello liberistico congeniale allo stile accusatorio; ognuno agisce come meglio ritiene, correndo i relativi rischi, nessuno provvede all’inerte.

<sup>42</sup> FIDELBO, *Misure cautelari*, cit., p. 488. Secondo alcuni, pur nel silenzio della legge, tutti i destinatari dell’avviso di fissazione dell’udienza camerale, nonché i difensori delle parti, dovrebbero essere sentiti, se presenti, a prescindere da una loro richiesta (così GARAVELLI, *Art. 127 c.p.p.*, in CHIAVARIO, *Commentario*, cit., p. 97; VOENA, *Atti*, in CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2006, p. 194, che ritiene comporti una cusa di nullità la mancata audizione delle parti comparse); *contra* Cass., 28 giugno 1999, De Simone, in *Riv. pen.*, 2000, p. 397, in cui si afferma che nessuna violazione procedurale potrebbe ravvisarsi nel comportamento del giudice che pervenga alla decisione senza aver ascoltato la parte, ove questa non manifesti l’intenzione di essere sentita.

<sup>43</sup> Cfr., *ex plurimis*, Sez. Un., 8 aprile 1998, Cerroni, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3219, con nota di PLESSI; Cass., 31 marzo 2000, Detto, *ivi*, 2001, p. 2432; Cass., 12 marzo 1996, Guglielmini, in *C.E.D. Cass.*, n. 205898. In dottrina, dello stesso avviso AMODIO, in AMODIO-DOMINONI, *Commentario*, II, Milano, p. 91; NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2007, p. 86.

<sup>44</sup> Così FIDELBO, *Misure cautelari*, cit., p. 489. Uno spiraglio per una lettura meno restrittiva dell’art. 127 comma 4 c.p.p. era stato aperto da DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, p. 178, con riferimento all’ipotesi in cui il difensore adduca motivi di salute, visto che in tale circostanza non sarebbe nelle condizioni di scegliere liberamente se partecipare o meno all’udienza.

critico che si sviluppa su un patrimonio cognitivo precostituito<sup>45</sup>. In altri termini, manca nell'art. 127 c.p.p. la previsione di meccanismi probatori espressi, sebbene in giurisprudenza si possano cogliere indici a favore una diversa lettura della norma, secondo la quale il procedimento camerale, per la sua struttura informale, consentirebbe al giudice di acquisire informazioni e prove anche d'ufficio, senza l'osservanza dei principi di cui all'art. 190 c.p.p.<sup>46</sup>. Probabilmente ispirandosi a tale isolata pronuncia, la prassi applicativa sembra essersi attestata a favore di un'estensione dei poteri istruttori del giudice nell'udienza *ex art.* 47 d.lgs. 231, poiché è invalsa l'abitudine di disporre perizie per la valutazione dei modelli adottati dagli enti<sup>47</sup>. A parte la dubbia sussistenza degli stessi presupposti legittimanti la prova peritale: ben si potrebbe sostenere che la valutazione di idoneità dei modelli rientri nell'area delle conoscenze del giudice<sup>48</sup>, l'analisi della disciplina codicistica induce l'interprete a negare l'ammissibilità della perizia nel contesto di riferimento. In fase di indagini, come noto, la perizia può essere acquisita solo in incidente probatorio, ove ricorrano le condizioni di cui all'art. 392 comma 1 lett. *f* e comma 2 c.p.p. La prima ipotesi va esclusa poiché l'oggetto dell'accertamento non è suscettibile di modifica inevitabile: anche se il modello organizzativo dovesse essere successivamente integrato, il contenuto originario può essere cristallizzato attraverso una semplice copia del documento; per la stessa ragione va scartata la possibilità di procedere nelle forme dell'art. 360 c.p.p. Residua il caso della perizia complessa, sebbene sia difficile ipotizzare che la valutazione del protocollo gestionale di un'azienda, per quanto articolato, possa richiedere una tempistica superiore a sessanta giorni. Fatta eccezione per l'incidente probatorio, l'unico caso espressamente previsto di perizia espletabile in fase di indagini (la norma la ammette in ogni stato e grado del procedimento) è quello disciplinato dall'art. 299 comma 4-*ter* c.p.p. concernente l'accertamento delle condizioni di salute o di altre condizioni o qualità personali dell'imputato,

---

<sup>45</sup> PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 258; FIDELBO, *Misure cautelari*, cit., p. 492; per considerazioni più ampie si rinvia a DI CHIARA, *Il contraddittorio*, cit., p. 170 s.

<sup>46</sup> Cass., 27 aprile 1995 Esposito, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2701.

<sup>47</sup> Cfr. G.i.p. Trib. Roma, ord. 22 novembre 2002, Soc. Finspa, in *Foro it.*, 2004, p. 325 che ha ritenuto compatibile con il modello *ex art.* 47 il conferimento dell'incarico peritale finalizzato a valutare se le misure organizzative adottate dalla società indagata fossero idonee a scongiurare il pericolo di ulteriori episodi corruttivi.

Scettico sulla validità di tale prassi,

<sup>48</sup> Così SGUBBI, *Intervento*, cit. Ritengono la perizia pressoché indispensabile, quantomeno nei casi di complessità dell'ente e conseguentemente del modello, DI GERONIMO, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 259; L. MORELLI, *Il sistema cautelare: vicende evolutive. Cautele reali*, in AA. VV., *Il processo penale de societate*, cit., p. 178.

finalizzato alla decisione sulla richiesta di revoca o di sostituzione delle misure cautelari. Da questa disposizione si può desumere *a contrario* la non esperibilità della perizia nel corso dell'incidente cautelare, in mancanza un'apposita previsione normativa. Di conseguenza, se il giudice chiamato a decidere sull'applicazione di una cautela dovesse versare in dubbio circa l'effettiva adeguatezza del modello adottato dall'ente, ove si neghi la possibilità di disporre la perizia, il problema diviene stabilire quale sia la regola di giudizio da applicare in caso di dubbio e, correlativamente, su chi, tra le parti, gravi il rischio di non aver fornito la prova tesa a dimostrare, magari attraverso una consulenza tecnica, l'idoneità del modello organizzativo<sup>49</sup>.

In chiusura non si può che esprimere apprezzamento per la previsione che opportunamente riconosce all'ente e ai difensori la possibilità di esaminare la richiesta del pubblico ministero e gli elementi sui quali la stessa si fonda (art. 47 comma 2 d.lgs. 231/2001). Sotto tale aspetto, il modello previsto dal legislatore delegato si presenta più completo rispetto a quello codicistico di cui all'art. 289 c.p.p. che, proprio per aver omesso tale possibilità, è stato definito un contraddittorio anticipato «monco»<sup>50</sup>. Del resto, costituisce una «condizione minima» perché possa parlarsi di contraddittorio quella per cui «ciascuno degli antagonisti conosca non soltanto l'oggetto della contesa, ma anche la posizione e gli argomenti degli altri per poter contraddire [...]. Due pareri su un argomento non costituiscono contraddittorio, quando entrambi, o anche uno soltanto di essi, sono espressi senza conoscere preventivamente le argomentazioni della controparte o senza possibilità di replica. Non lo costituiscono, per la semplice e decisiva ragione che due monologhi non fanno un dialogo»<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Su questo problema, vd. *infra*, paragrafi 3.3.1 e 3.3.2.

<sup>50</sup> MARZADURI, *Commento all'art. 2 l. 16 luglio 1997, n. 234*, in *Leg. pen.*, 1997, p. 755. Sull'importanza che riveste per la difesa la possibilità di conoscere motivi ed elementi su cui si fonda la richiesta cautelare del pubblico ministero. con riferimento però al procedimento cautelare tradizionale con contraddittorio posticipato, vd. anche E. VALENTINI, *Deposito del dossier cautelare ed interrogatorio di garanzia*, in *Cass. pen.* 2004, p. 189; l'Autrice commenta favorevolmente la pronuncia con cui la Cassazione, in modo del tutto inedito rispetto al panorama giurisprudenziale sul punto, ha ravvisato un'ipotesi di nullità intermedia per violazione del diritto di difesa nel caso in cui l'obbligo di deposito *ex art.* 293 comma 3 c.p.p. non preceda lo svolgimento dell'interrogatorio di garanzia, perché l'imputato non potrebbe prospettare, in tali circostanze, una pronta e adeguata discolpa sul merito delle accuse e sulle asserite esigenze cautelari (Cass., 5 aprile 2002, Scintu).

<sup>51</sup> Con consueta efficacia, GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., p. 1.

### 3.2. *Il ruolo dei modelli organizzativi.*

Rinviando alla letteratura specialistica<sup>52</sup> per quanto concerne gli aspetti tecnico-aziendali che contraddistinguono i modelli organizzativi, si intende ora indagare più approfonditamente il peculiare ruolo che gli stessi ricoprono in sede cautelare.

Innanzitutto, la fase cautelare, e precipuamente l'udienza di cui all'art. 47 d.lgs. 231/2001, rappresenta il primo momento in cui l'ente può giocare la validità dei modelli di cui si fosse preventivamente dotato. Ove venisse riconosciuta l'idoneità del modello *ante factum*, il giudice dovrebbe conseguentemente rigettare la richiesta cautelare del pubblico ministero, non solo perché il modello, espressione di una politica d'impresa rispettosa delle regole, neutralizzerebbe il pericolo di reiterazione, ma anche perché non sarebbe possibile in tal caso formulare quella prognosi di colpevolezza che sta alla base di ogni provvedimento cautelare<sup>53</sup>. L'adozione ed efficace attuazione di un modello organizzativo giudicato valido, infatti, esclude la responsabilità dell'ente e, per quanto la valutazione del giudice cautelare non sia vincolante, è improbabile, anche se non certo impossibile, che la stessa venga sconfessata dal successivo giudizio di merito avente ad oggetto il medesimo modello<sup>54</sup>. Va precisato al riguardo che, rispetto all'illecito scaturente dal reato dei soggetti apicali, mentre per escludere *in toto* la responsabilità della *societas* occorre sia perfezionato il complesso sistema esimente di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001, del quale l'adozione dei modelli integra solo una componente, in sede cautelare quest'ultima è sufficiente a dimostrare l'insussistenza del *periculum* e, di conseguenza, ad evitare l'applicazione della misura<sup>55</sup>.

In sostanza, attraverso i modelli adottati *ante factum*, l'ente mira ad evitare che gli venga ascritta una responsabilità per il fatto delittuoso dei propri operatori, il che, in sede cautelare, si traduce nell'insussistenza, prima ancora del

<sup>52</sup> Per un quadro esaustivo cfr. BASTIA, *I modelli organizzativi*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, cit., p. 133 ss.

<sup>53</sup> A tal proposito si è parlato di «valenza implicita» dei modelli, per designare quegli effetti che, pur non essendo espressamente disciplinati dalla legge - come i casi di esclusione e di revoca scaturenti dal combinato disposto di cui agli artt. 17 e 49 d.lgs. 231/2001 - devono essere loro collegati in virtù della mera caratterizzazione legislativa in termini di idoneità ed efficacia preventiva rispetto alla commissione dei reati (così EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, cit., p. 422). Per le ragioni esposte nel testo, quella di escludere l'applicazione di misure cautelari, più che una valenza implicita dei modelli, sembra costituire il loro primario e più rilevante effetto (in questa sede), poiché deriva dalle caratteristiche stesse della prognosi cautelare.

<sup>54</sup> Sulle implicazioni tra giudizio cautelare e giudizio di merito vd. *infra*, par. 4.

<sup>55</sup> Così FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 476.

pericolo di reiterazione, dello stesso *fumus commissi delicti* in capo alla persona giuridica.

I modelli adottati *post factum*, invece, si pongono in un'ottica riparatoria e di riallineamento alla legalità e, dunque, per quanto qui rileva, non possono che incidere sulla neutralizzazione dell'esigenza cautelare.

Potrebbe verificarsi l'ipotesi in cui l'ente si doti di un modello organizzativo dopo che al suo interno sia maturato l'episodio delittuoso, ma prima della richiesta cautelare o comunque durante il termine intercorrente tra la richiesta e la fissazione dell'udienza da parte del giudice. In tal caso, la *societas* interverrebbe all'udienza già munita di modello e, quindi, in grado di offrire la prova che più di ogni altra le consentirebbe di evitare la sottoposizione a misura interdittiva. Ove il giudice dovesse esprimere un giudizio positivo sul modello adottato, anche in questa circostanza sarebbe obbligato a rigettare la richiesta del pubblico ministero, poiché la dimostrazione di ravvedimento, testimoniata dall'adozione di un valido modello, esclude la prognosi di recidiva.

Ma all'ente sono accordate, per espressa previsione normativa, possibilità liberatorie anche durante l'ulteriore *iter* di progressione dell'incidente cautelare.

In particolare, in base al combinato disposto di cui agli artt. 49 e 17 d.lgs. 231/2001, l'ente può richiedere la sospensione delle misure cautelari per poter realizzare quelle condotte riparatorie cui la legge subordina l'esclusione delle sanzioni interdittive e, di conseguenza, anche delle misure cautelari. Tali condotte, previste dall'art. 17, consistono nel risarcimento integrale del danno ed eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato; nell'eliminazione delle carenze organizzative che hanno determinato il reato, mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi e, da ultimo, nella messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca.

Rinviando al capitolo successivo per quanto concerne le dinamiche di questo inedito meccanismo di sospensione, preme mettere in luce un aspetto rilevanti in questa sede.

Nella complessa fattispecie riparatoria di cui all'art. 17, la stella polare risulta essere ancora una volta l'adozione dei modelli. Appaiono, cioè, inutili le attività risarcitorie e la messa a disposizione del profitto, se non siano stati

adottati *ex post* efficaci modelli di organizzazione<sup>56</sup>. In altre parole, tra le condizioni contemplate dalla suddetta norma, esisterebbe una «sinergia funzionale», nel senso che, oltre ad eliminare le conseguenze del reato e a risarcire il danno, è doveroso neutralizzare il fattore di rischio che ha provocato o agevolato la commissione del reato stesso, di qui la necessità di riorganizzare l'ente eliminando la causa dell'illecito mediante l'adozione di efficaci modelli di prevenzione<sup>57</sup>.

Strettamente collegata a quanto appena detto è la questione riguardante le caratteristiche, nonché il tipo di valutazione che deve investire i modelli adottati *post factum*, aspetto particolarmente rilevante in sede cautelare, in quanto incide sul giudizio di pericolosità dell'ente.

Sul punto si riscontrano opinioni discordanti. Parte della dottrina – forte del dato testuale che non distingue tra modelli adottati *ex ante* oppure *ex post*, ma detta una disciplina unitaria valevole per entrambi i casi – rifugge l'idea di una diversità di giudizio in funzione del momento in cui l'ente si è dotato del modello, sostenendo che in ambedue le ipotesi debbano valere i parametri di valutazione desumibili dagli articoli 6 e 7 del decreto<sup>58</sup>.

Secondo altri, nell'elaborazione di un modello che l'ente si appresta ad adottare dopo l'avvenuto reato, non si può non tenere conto della fattispecie delittuosa già consumatasi<sup>59</sup>. I modelli adottati *ex ante* si pongono necessariamente in un'ottica di prevenzione che, sebbene parametrata sulle peculiari caratteristiche aziendali, è rivolta ad impedire rischi pur sempre ipotetici, per quanto sottoposti a rigorosa mappatura. I modelli *post factum* invece, oltre a conservare tale ineludibile vocazione preventiva rispetto a tutti i rischi enucleabili con riferimento alla specifica attività d'impresa, devono necessariamente analizzare e predisporre adeguati rimedi per le carenze organizzative a causa delle quali non è stato impedito o è stato comunque agevolato l'illecito in contestazione, così da risultare il più possibile aderenti alle problematiche emerse nel concreto.

<sup>56</sup> VARRASO, Sub art. 49 d.lgs. 231/2001, in *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, cit. p. 394.

<sup>57</sup> Così BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, cit., p. 283, richiamando quanto espresso a chiare lettere nella Relazione di accompagnamento al decreto. In giurisprudenza, nello stesso senso, Trib. Milano, 28 ottobre 2004, S., in *Corr. merito*, 2005, p. 325 ss.

<sup>58</sup> EPIDENDIO, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 424; CERQUA, *Sanzioni interdittive. Applicazione anticipata e misure cautelari*, in *Dir. e pratica soc.* 2005, n. 2, p. 57.

<sup>59</sup> In quest'ottica DI GERONIMO, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 261; FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 502.



La seconda lettura, anche se non supportata da un esplicito riferimento testuale, sembra rispondere maggiormente allo spirito di riconversione alla legalità della *societas*, che pervade l'intero sistema. In sede cautelare, poi, perché le condotte riparatorie cui si è subordinata la sospensione delle cautele risultino efficaci e, di conseguenza, venga escluso il pericolo di reiterazione di illeciti della stessa indole, è indispensabile che, attraverso il modello, l'ente dimostri di aver rimediato alle carenze organizzative dalle quali è originato l'illecito.

Non a caso, la giurisprudenza sul punto appare orientata in questo senso. Le ordinanze che si sono dovute esprimere sull'adeguatezza dei modelli adottati *post factum* ne hanno spesso negato l'efficacia, proprio in base all'assenza di meccanismi miranti a superare le carenze emerse nei fatti oggetto di contestazione. Esemplificando, in un caso in cui le ipotesi contestate erano quelle di truffa e corruzione ai danni di un ente pubblico, il giudice ha ritenuto che il modello adottato *ex post* non avesse prestato particolare attenzione, come avrebbe dovuto, a tutti quei settori dell'attività d'impresa che erano stati coinvolti nell'attività illecita contestata e che il provvedimento cautelare aveva evidenziato, come le modalità di redazione dei bilanci e della contabilità, i meccanismi di fatturazione, la gestione degli appalti.<sup>60</sup> Ancor più dettagliatamente, l'ordinanza in questione specifica che, essendo emerse nel corso delle indagini somme di denaro non giustificate in contabilità, l'ente avrebbe dovuto individuare successivamente, onde potervi porre rimedio, le modalità di accantonamento dei fondi neri, nonché le carenze organizzative e di controllo che hanno reso possibile una gestione delle risorse finanziarie non trasparente.

In definitiva, quando determinati reati si siano già verificati, o è altamente probabile si siano verificati, il modello dovrà essere calibrato sulle effettive carenze organizzative e di controllo emerse nella commissione del reato contestato. Ciò, peraltro, non significa negare l'attitudine preventiva del rischio reato che deve imprescindibilmente caratterizzare anche i modelli *post factum*, ma solo che alla normale attività di analisi di tutti i possibili ed eventuali rischi da reato connessi ad una determinata attività d'impresa, cui corrisponde il criterio

---

<sup>60</sup> G.i.p. Trib. Milano, 20 settembre 2004, I., in *Guida dir.*, 2004, n. 47, p. 69 ss.

di valutazione giudiziale della prognosi postuma, si dovrà affiancare un'analisi fattuale concreta, la quale non potrà che essere valutata *ex post*<sup>61</sup>.

In conclusione, non resta che registrare l'atteggiamento, oltremodo severo e non troppo garantista, che la giurisprudenza venutasi stratificando in questi primi anni di applicazione del d. lgs. 231/2001 ha mostrato in ordine alla vaglio di idoneità dei modelli nell'ottica cautelare.

Innanzitutto, sono stati fissati nell'efficacia, specificità e dinamicità i criteri orientativi di massima per saggiare l'efficacia preventiva di un modello<sup>62</sup>. Sostanzialmente, tali concetti si fondono nell'esigenza che il modello contenga un'attenta mappatura dei rischi aziendali, una adeguata predisposizione di rimedi, e che manifesti una capacità di adeguamento costante ai cambiamenti insiti nella realtà imprenditoriale di riferimento.

Quanto alla traduzione pratica di tali generalissimi parametri, il panorama si presenta piuttosto variegato. Per fare alcuni esempi: in un caso il giudice ha ritenuto insufficiente il codice etico trasfuso in un modello organizzativo poiché prevedeva una causa di ineleggibilità al collegio sindacale solo per i condannati con sentenza dibattimentale definitiva, escludendo coloro che hanno subito una sentenza di applicazione della pena oppure un provvedimento cautelare; in un altro caso è stata ritenuta inadeguata la regola che prevedeva le dimissioni di un amministratore su due, tra quelli indagati per il reato presupposto: in un'ulteriore fattispecie, la rimozione dell'intero organigramma di vertice coinvolto nell'illecito è stata giudicata solo apparente perché i nuovi amministratori continuavano a ricevere direttive dai vecchi dirigenti. Nei numerosi processi per corruzione in ambito farmaceutico, nei quali gli episodi delittuosi sono posti in essere dai cosiddetti informatori tecnico-scientifici al fine di indurre i sanitari a prescrivere i farmaci da essi rappresentati, un modello valido viene individuato in quello che preveda forme di controllo degli informatori, miranti, per esempio attraverso rotazioni turnarie, a spezzare il vincolo simbiotico, e quindi le forme di

---

<sup>61</sup> In questo senso, DI GERONIMO, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 260; NISCO, *Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni sui criteri ascrittivi soggettivi e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia delle società*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2004, p. 295; COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 2004, p. 107; ALESSANDRI, *Note penalistiche*, cit., p. 50.

<sup>62</sup> Trib. Riesame Milano, 28 ottobre 2004, Siemens; Trib. Milano, 20 settembre 2004, I. Holding, cit.

fidelizzazione, che si vengono frequentemente a determinare tra informatori e medici<sup>63</sup>.

Più in generale, l'inadeguatezza dei modelli viene sovente fatta derivare dalla composizione dell'organismo di vigilanza che, difettando dei requisiti di autonomia, indipendenza e professionalità<sup>64</sup>, si riduce spesso ad un «sinedrio di teste di paglia»<sup>65</sup>; dalle carenze rintracciate nella mappatura delle aree di rischio e nel sistema dei controlli interni; nell'elaborazione di blandi meccanismi sanzionatori.

La difficoltà di costruire un modello valido risiede nel fatto che l'azienda viene a confrontarsi con un rischio – il rischio reato – che non è abituata a fronteggiare. Come già accennato in precedenza<sup>66</sup>, la prevenzione dei reati colposi sul lavoro, inseriti di recente nel sistema, risulta molto più agevole, sia perché il concetto stesso di prevenzione trova il suo referente naturale negli eventi colposi, sia perché in questa materia si può contare sull'esperienza scaturita dall'applicazione della normativa speciale in materia di sicurezza sul lavoro (specie con riferimento alla legge n. 626/1994)<sup>67</sup>, nonché sulla copiosa giurisprudenza riguardante l'art. 2087 c.c., che impone all'imprenditore, a prescindere dall'osservanza delle specifiche norme esistenti, un costante dovere di aggiornamento sul piano preventivo che vada di pari passo con l'evoluzione scientifica e tecnologica. Molto più difficile risulta, invece, per le aziende prevenire il rischio di reati intenzionali dei propri operatori. E' necessario a tal fine procedimentalizzare l'attività di impresa, cioè prevedere una rigida regolamentazione delle dinamiche decisionali che vada a ridurre fino a neutralizzare le occasioni di reato. Ma raggiungere un simile scopo è estremamente difficile, soprattutto in considerazione della complessità che contraddistingue le moderne realtà aziendali.

Un valido aiuto per il superamento delle difficoltà emerse nel predisporre i modelli potrebbe derivare dalla circolazione dei saperi e dal ruolo propulsivo delle associazioni di categoria. Se, cioè, cominciassero a circolare prototipi di

---

<sup>63</sup> Esempio di PIERGALLINI, *Intervento al convegno "La responsabilità amministrativa degli enti"*, Jesi, 10-11 maggio 2007.

<sup>64</sup> Per un approfondimento sul punto si rinvia a BASTIA, *I modelli organizzativi*, cit., p. 161 ss.

<sup>65</sup> PALIERO, *Intervento al Convegno "La responsabilità degli enti"*, Jesi, 10-11 maggio 2007.

<sup>66</sup> Vd. introduzione, nt. 44.

<sup>67</sup> Sarà interessante verificare come le due normative andranno ad intersecarsi: ad esempio la rigorosa osservanza di tutte le regole di prevenzione dettate dalla normativa speciale per i diversi settori di attività industriale può essere considerata di per se stessa alla stregua di un modello organizzativo idoneo?

modelli parametrati sui diversi settori di attività aziendale, si potrebbe raggiungere una omogeneizzazione delle regole cautelari, con il conseguente effetto di consentire l'abbassamento dei costi, oggi notevolmente elevati. Il *trend* finora affermatosi, evidenzia, al contrario, una sorta di segretezza sui modelli, custoditi gelosamente da parte delle aziende che se ne sono dotati.<sup>68</sup>

In ogni caso, appare giustificabile una certa severità nella valutazione dei modelli, probabilmente necessaria in questo settore, onde evitare che l'adozione degli stessi si traduca in un mero adempimento formale, in una pedissequa parafrasi dei requisiti di legge, con conseguente frustrazione del fine rieducativo insito nel sistema. Ciò che non si può accettare, però, è il costume diffusosi nella prassi applicativa di valutare i modelli secondo un ragionamento *ex post*, che si esplica nell'equazione "verificazione del reato uguale inefficacia dei modelli". Tale modo di procedere determina una presunzione di colpevolezza insuperabile, assolutamente antitetica rispetto al canone costituzionale ex art. 27 Cost., di cui si è riconosciuta la validità anche rispetto alle persone giuridiche<sup>69</sup>. Proprio a tale riguardo, potrebbe risultare utile la diversità di approccio valutativo precedentemente riportata riguardo ai modelli adottati prima o dopo il fatto di reato. Il distinguo, cioè, potrebbe chiarire che il dato fattuale (avvenuta realizzazione del reato) può rilevare solo ai fini delle condotte riparatorie, mentre i modelli *ex ante* devono essere valutati con una prognosi postuma che ripugna ogni forma di colpevolezza *in re ipsa*<sup>70</sup>.

### 3.3. *Il problema della distribuzione dell'onere della prova.*

Considerata la rilevanza che i modelli organizzativi assumono tanto rispetto all'attribuzione della responsabilità, quanto riguardo al trattamento sanzionatorio e cautelare della persona giuridica, diviene prioritario stabilire su quale parte gravi l'onere della prova circa l'avvenuta adozione nonché l'efficacia degli stessi.

Mentre con riferimento al modello di responsabilità costruito sull'agire delittuoso degli apicali, il dato normativo è inequivocabile nell'attribuire all'ente tale onere di dimostrazione (art. 6), piuttosto controversa è la questione rispetto

---

<sup>68</sup> Analisi critica di PIERGALLINI, *Intervento al convegno "La responsabilità amministrativa degli enti"*, Jesi, 10-11 maggio 2007.

<sup>69</sup> Vd. *supra*, cap. I, nt. 13.

<sup>70</sup> Giusta osservazione di NISCO, *Responsabilità amministrativa*, cit., p. 312.

all'illecito derivante dalla condotta dei sottoposti, anche a causa di una *littera legis* non proprio cristallina (art. 7).

In realtà, dal *corpus normativo* scaturisce un assetto piuttosto particolare. Premesso che il problema della distribuzione dell'onere probatorio non è mai neutro rispetto alla ricostruzione della fattispecie<sup>71</sup>, nel paradigma di cui all'art. 6 bisogna partire dal dato processuale per poi ricostruire la natura dei modelli organizzativi, ovvero il ruolo che essi ricoprono nella struttura dell'illecito. Nel modello *ex art. 7*, al contrario, occorre preliminarmente acclarare quale natura sia attribuibile ai modelli, per poi stabilire su chi gravi l'onere della prova rispetto alla loro adozione ed implementazione.

Conviene mantenere distinti i due ambiti di indagine.

### 3.3.1. Rispetto all'illecito derivante da reato degli apicali

Nel caso in questione, sembra delinearsi un problema di carattere eminentemente teorico, ma nient'affatto privo di rilievo, considerate le conseguenze derivabili dalle diverse ricostruzioni: in sostanza, dal momento che la norma attribuisce inequivocabilmente all'ente l'onere di provare l'avvenuta adozione ed efficace attuazione di modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi, nonché le ulteriori condizioni richieste dall'art. 6<sup>72</sup>, si tratta di stabilire quale struttura dell'illecito sia compatibile con tale assetto probatorio. L'indagine, estremamente complessa in quanto tesa a mantenere in equilibrio una fattispecie che vacilla da più angoli, acquista pieno significato nella misura in cui si qualifichi la responsabilità degli enti come una responsabilità di natura penale<sup>73</sup>, tuttavia, non si può sottacere la tendenza, sempre più diffusa, ad estendere le garanzie costituzionali proprie del diritto penale anche nell'area dell'illecito amministrativo<sup>74</sup>. Ebbene, proprio rispetto a queste ultime, ed in particolare al principio di presunzione di non

---

<sup>71</sup> ALESSANDRI, *Note penalistiche*, cit., p. 48.

<sup>72</sup> Si ricorda che, in sede cautelare, sarebbe sufficiente l'adozione di un valido modello ad escludere il *periculum* di recidiva, vd. quanto detto *supra* par. 3.2.

<sup>73</sup> Vd. introduzione.

<sup>74</sup> Vd. cap. I, nt. 13.

Sminuisce, invece, l'importanza del problema LANCELLOTTI, *I modelli organizzativi*, in FIORELLA-LANCELLOTTI, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato*, Torino, 2003, p. 27, secondo il quale, data la natura amministrativa della responsabilità degli enti, le possibili contrastanti soluzioni circa la qualificazione dei modelli non hanno utilità pratica: quale che sia la loro collocabilità sistematica all'interno della teoria tradizionale della responsabilità/colpevolezza, i modelli organizzativi potranno fornire il solo ausilio – peraltro di per sé molto apprezzabile – di rendere inapplicabili all'ente le sanzioni.

colpevolezza<sup>75</sup>, la fattispecie delineata dall'art. 6 d.lgs. 231/2001 rivela più di un'incrinatura.

Il quadro è singolare, poiché la struttura dell'illecito di cui all'art. 6 è frutto della preoccupazione del legislatore delegato di costruire una responsabilità che fosse compatibile con l'art. 27 Cost.<sup>76</sup> Così, piuttosto che fondare la responsabilità dell'ente per condotte illecite degli apicali, i quali sono diretta espressione della volontà aziendale, sul mero parametro oggettivo dato dalla finalizzazione del reato all'interesse e al vantaggio della società – secondo quanto prevedeva la legge delega<sup>77</sup> e prima ancora il progetto Grosso – il decreto ha ritenuto necessario un *quid pluris*, rappresentato dalla mancata adozione di idonei modelli preventivi, che consentisse di muovere un rimprovero di colpevolezza all'ente.

Conformemente allo spirito della legge, molti hanno ricondotto la fattispecie di cui all'art. 6 nel parametro della colpa di organizzazione, interpretando la mancata adozione dei modelli quale elemento fondante la colpevolezza e dunque criterio di imputazione soggettivo della responsabilità all'ente<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Sono state ricostruite, nel capitolo precedente, le ragioni per le quali appare di gran lunga preferibile la tesi che estende tale garanzia alle persone giuridiche. Occorre però segnalare l'opinione di chi considera che la presunzione d'innocenza presupponga necessariamente la fisicità della persona cui inerisce, poiché l'ente «non potrà provare dolore o vergogna, non potrà essere portatore di istanze trascendenti, quale la libertà personale, e non subirà dal processo una profanazione tale da avere effetti sovrastanti per la propria vita», così CHIMICHI, *Il processo penale a carico degli enti: il quantum della prova della colpa di organizzazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 619 ss. In base a questa teoria, non basterebbe, al fine di estendere agli enti la garanzia in questione, riconoscere che la stessa trovi applicazione anche rispetto a forme di responsabilità amministrativa o punitiva, comunque denominata.

<sup>76</sup> Nella *Relazione al decreto* (par. 3.3) si rivela l'esigenza, fortemente avvertita, di creare un sistema che, per la sua evidente affinità con il diritto penale, di cui condivide la stessa caratterizzazione affittiva, si dimostri rispettoso dei principi che informano il secondo: primo fra tutti la colpevolezza.

<sup>77</sup> Secondo alcuni sarebbe ravvisabile un eccesso di delega per illegittimo restringimento della responsabilità degli enti in relazione ai reati commessi dai soggetti collettivi, dato che l'art. 11, comma 1, lett. n) della legge n. 300/2000 ricollegava all'adozione del modello organizzativo-gestionale idoneo l'esclusione delle sanzioni interdittive e la diminuzione da un terzo alla metà delle sanzioni pecuniarie, mentre il Governo vi ha ricondotto un'esenzione completa dalla responsabilità (così PASCULLI, *Questioni insolite ed eccessi di delega nel d. l.vo n. 231/01*, in *Riv. pen.*, 2002, p. 743; VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, in VINCIGUERRA-CERESA GASTALDO-ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D.Lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2004, p. 17. Il legislatore scioglie il dubbio di conformità alla delega sulla base di una ritenuta equivocità del dato testuale che avrebbe consentito di fondare anche la responsabilità per il reato degli apicali sulla colpa di organizzazione dell'ente (cfr. *Relazione*, 3.4)

<sup>78</sup> In questo senso, sostanzialmente, DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità*, cit., p. 81; PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica*, cit., p. 31 ss.; PELISSERO-FIDELBO, *La "nuova" responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.* 2002, p. 583; GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa, La responsabilità degli enti un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Atti dell'incontro di studio di Pisa, 29 novembre 2001, a cura di De Francesco, Torino, 2004, p. 41, secondo cui i modelli, in quanto rendono esprimono «l'evitabilità del reato», svolgono il precipuo compito di rendere la punizione dell'ente compatibile con il principio del

Ma una siffatta lettura è manifestamente incompatibile con l'inversione dell'onere della prova sancito a chiare lettere dalla norma di legge. Non si può porre a carico dell'imputato la prova in ordine ad un elemento costitutivo della fattispecie, pena la violazione della presunzione di non colpevolezza<sup>79</sup>. Delle due l'una: o il legislatore non si è avveduto di aver annullato, mediante l'inversione dell'*onus probandi*, quello stesso principio che aveva inteso garantire, oppure ha volutamente optato per una soluzione di compromesso, evidentemente consapevole del fatto che, a fronte di condotte delittuose dei vertici, nulla più sarebbe stato necessario per fondare la responsabilità collettiva, se non il mero nesso di imputazione oggettivo<sup>80</sup>. Se il legislatore, nella convinzione che la teoria dell'immedesimazione organica non possa valere a fondare una responsabilità

---

divieto di responsabilità per fatto altrui; TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.* 2006, p. 17 ss., il quale, ritenendo che l'ente risponda per l'omessa predisposizione di una struttura organizzativa idonea ad impedire un fatto realizzato con dolo [si ricorda che fino alla legge 123/2007, il decreto 231 prevedeva solo reati dolosi] da un proprio operatore, evidenzia le problematiche sottese ad una figura – il concorso colposo nel reato doloso – che il sistema penale fa fatica ad assimilare (per più ampie considerazioni l'Autore rinvia a FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 4° ed., 2001, p. 470 s.; SERRAINO, *Il problema della configurabilità del concorso di persone a titoli soggettivi diversi* (nota a Cass., sez. IV, 9 ottobre 2002, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 453 s.); analoga preoccupazione è manifestata da PALIERO, *Intervento*, cit.

In giurisprudenza si colloca esplicitamente in questa direzione Trib. Torino, 10 febbraio 2005, in [www.reatisocietari.it](http://www.reatisocietari.it).

<sup>79</sup> Parla esplicitamente di una presunzione di colpevolezza, sebbene non assoluta, per il meccanismo di esenzione di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001 TONINI, *Manuale di procedura penale*, VIII ed., 2007, p. 696.

<sup>80</sup> L'affermazione risulta supportata dalla moderna letteratura aziendalistica, che raffigura l'ente come insieme unitario e consistente di interessi, attività e decisioni, dotato di una propria capacità di azione e volontà, laddove la teoria della colpa organizzativa la degrada a mero organismo burocratico e impersonale, oltre a rivelarsi pericolosa per la concreta lotta alla criminalità aziendale, pur con l'inversione dell'onere della prova (cfr. BASTIA, *I modelli organizzativi*, cit., p. 50; CHANDLER, *The visible hand. The managerial Revolution in American Business*, Cambridge (MA), 1977). Risulta inoltre avallata da attenta dottrina penalistica, secondo cui il reato commesso dagli apicali nell'interesse o a vantaggio dell'ente fonda il rimprovero nei confronti dell'ente stesso secondo un criterio che non è qualificabile come responsabilità oggettiva, ma come colpevolezza dell'ente stesso, impersonato dal soggetto apicale che ha agito colpevolmente (così PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 429; ID, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, cit., p. 959 ss; in senso conforme C. PECORELLA, *Principi generali*, cit., p. 83; VOLK, *La responsabilità di enti collettivi nell'ordinamento tedesco*, in *Societas puniri potest*, cit., p. 191; DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1141, secondo cui il legislatore delegato è incorso nell'errore di voler costruire una colpevolezza di organizzazione a tutti i costi, estendendola anche in ambiti in cui essa non è necessaria, in quanto «non esiste alcuna controindicazione a ritenere che il dolo del reato commesso dal soggetto in posizione apicale, qualificato dallo scopo di perseguire l'interesse o il vantaggio dell'ente collettivo, rappresenta un coefficiente di imputazione soggettiva del reato alla *societas* del tutto adeguato e non bisognevole di ulteriori integrazioni»).

*Contra* PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica*, cit., p. 31 ss, il quale ritiene che la teoria dell'immedesimazione organica può valere nell'economia o in altre branche del diritto, ma non ha diritto di cittadinanza in ambito penalistico.

criminale del soggetto collettivo<sup>81</sup>, avesse voluto rispettare fino in fondo le categorie del diritto e del processo penale, avrebbe dovuto lasciare all'accusa l'onere di dimostrare la presunta negligenza dell'ente, costituendo tale regola generale il precipitato tecnico della presunzione di non colpevolezza<sup>82</sup>.

Altri autori, pur collocandosi nella scia della colpa organizzativa, non configurano la mancata adozione dei modelli come elemento positivo di attribuzione della responsabilità, bensì considerano l'evvenuta adozione degli stessi alla stregua di una scriminante<sup>83</sup>. Qualcuno si spinge fino ad indicare la specifica causa di giustificazione suscettibile di dare copertura a tale circostanza, rinvenendola nell'esercizio della facoltà legittima ex art. 51 c.p.<sup>84</sup> Il parallelismo sembra un po' azzardato<sup>85</sup>, e, più in generale, la stessa ricostruzione dei modelli in termini di scriminanti non è del tutto convincente. Solo alcune brevi considerazioni, senza alcuna pretesa di addentrarsi nei meandri di categorie penalistiche la cui problematicità richiederebbe ben altro approfondimento. Muovendo dalla teoria dell'immedesimazione organica, che consente di ritenere il fatto di reato del soggetto apicale come fatto proprio dell'ente<sup>86</sup>, non sembra possibile riconoscere che l'avvenuta adozione di modelli organizzativi vada ad elidere l'antigiuridicità di quel fatto rendendolo lecito *ab origine*, secondo il *modus operandi* delle cause di giustificazione, né pare rinvenibile quel

---

<sup>81</sup> Preoccupazione che dimostra una volta di più che dietro l'etichetta di responsabilità "amministrativa" si celi una responsabilità penale.

<sup>82</sup> PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 680.

<sup>83</sup> DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in *Responsabilità degli enti*, cit., p. 107 ss., il quale parla di un «paradigma di colpevolezza di organizzazione costruito *negativamente* (come scusante con inversione dell'onere della prova a carico della *societas*)»; DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in *Responsabilità degli enti*, cit., p. 15 ss.; MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, cit., p. 1116 ss.

<sup>84</sup> FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in FIORELLA-LANCELLOTTI, *La responsabilità dell'impresa*, cit., p. 15 s. L'Autore giunge a questa conclusione sulla base di una costruzione piuttosto complessa: sul presupposto che l'ente, per il fatto stesso di esistere, crea rischi, tra i quali rientra il rischio da reato, si ritiene che il decreto 231 circoscriva i limiti entro cui tale rischio non è imputabile all'ente, identificandoli nell'adozione ed attuazione di soddisfacenti modelli organizzativi. In sostanza, i modelli delineano un'area di rischio consentito, entro la quale il reato commesso dagli operatori dell'impresa non è imputabile alla stessa che, quindi, agirebbe nell'esercizio di una facoltà legittima, o, al limite, nell'esercizio di un'attività secondo modalità penalmente non illegittime. Aderisce a questo indirizzo PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 53, il quale si esprime però in termini di "scriminante *sui generis*", dal momento che nemmeno l'adozione ed efficace attuazione dei modelli salvaguarda l'ente dalla confisca, che, in quanto sanzione principale, dovrebbe essere ancorata ad un riconoscimento di responsabilità.

<sup>85</sup> E', infatti, difficile rinvenire nella situazione descritta la struttura propria dell'esercizio del diritto ex art. 51 c.p. per la quale si rinvia a FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, III ed., 2000, p. 233 ss.

<sup>86</sup> Vd. supra, nt. 80.



bilanciamento di interessi in conflitto che rappresenta il fondamento politico-sostanziale delle stesse, e nemmeno il principio di contraddizione per cui uno stesso ordinamento non può imporre o consentire e allo stesso tempo vietare il medesimo fatto, che ne costituisce il fondamento logico giuridico<sup>87</sup>. Sul piano della tenuta della fattispecie così come delineata dall'art. 6 d.lgs., inoltre, se la configurazione dei modelli (*rectius* dell'avvenuta adozione degli stessi) alla stregua di scriminanti consente margini più ampi ai fini della compatibilità con l'inversione dell'*onus probandi* – nei limiti che in seguito si esporranno – la stessa non risulta però combinabile con un altro dato normativo, ossia l'applicabilità in ogni caso della confisca, che, nel sistema della 231, integra una sanzione principale (art. 6 comma 5), laddove la presenza di una causa di giustificazione rende ovviamente inapplicabile qualsiasi tipo di sanzione.

Maggiormente plausibile appare allora la teoria che ricostruisce della clausola di esonero in discorso come causa di esclusione della punibilità in senso stretto<sup>88</sup>. Si giunge a questa conclusione ritenendo che l'inversione dell'onere della prova collochi i modelli organizzativi al di fuori dei presupposti positivi di attribuzione della responsabilità per il reato dei soggetti apicali<sup>89</sup>. La stessa legittimità dell'inversione poggia sul presupposto che, per fondare il rimprovero in capo all'ente, è sufficiente il reato commesso colpevolmente dal soggetto apicale. Il fatto poi che l'esonero non sia totale, non essendo esclusa la confisca,

---

<sup>87</sup> Per l'illustrazione delle caratteristiche e del fondamento delle cause di giustificazione si rinvia a FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 225; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, IV ed., 2001, p. 249 ss.

Si deve comunque riconoscere che l'operazione di adattamento delle categorie classiche del diritto penale ad un illecito complesso quale quello imputabile alla persona giuridica risulta notevolmente difficoltoso.

<sup>88</sup> Optano per questa soluzione: PULITANÒ, *Criteri di imputazione all'ente della responsabilità da reato*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del d.lgs. 231/2001. Atti del Convegno di Bari 26-27 maggio 2006*, a cura di G. SPAGNOLO, Milano, 2006, p. 31; MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 30; COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato*, cit., p. 103, sebbene quest'ultimo conii una categoria del tutto inedita quale quella delle cause di esclusione della punibilità ad effetti limitati, per giustificare il persistere dell'applicazione della confisca.

Sulla controversa categoria delle cause di esclusione della punibilità si rinvia a VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, p. 609; più di recente G. RUGGIERO, voce *Punibilità*, *ivi*, XXXVIII; in chiave problematica, con punti di vista differenti: STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla «punibilità»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, I, p. 396; ANGIOLINI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, *ivi*, 1989, II, p. 439.

<sup>89</sup> In effetti, oltre alle ragioni già esposte, ad escludere la validità della configurazione dei modelli alla stregua di una causa di giustificazione concorre anche la circostanza per cui, secondo la concezione tripartita del reato le scriminanti rappresentano altrettanti elementi costitutivi (negativi) della fattispecie (per una ricostruzione delle diverse concezioni della teoria del reato, si rinvia a ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, 1995, Milano, p. 486 ss.) e, dunque, rimarrebbe aperto il problema dell'inversione dell'*onus probandi*. Sulla questione dell'onere della prova in materia di scriminanti si tornerà, più dettagliatamente, nel prosieguo del paragrafo.

dimostra che l'avvenuta adozione dei modelli incide sulla sanzione e non sulla responsabilità. Ragionando secondo le categorie del reato, dunque, non siamo nella sfera delle scusanti soggettive, ma in quella «residuale» della punibilità. In sostanza siamo dinanzi ad un'ipotesi di esclusione delle sanzioni diverse dalla confisca, ideologicamente ritagliata dal legislatore delegato secondo criteri (opinabili) di opportunità<sup>90</sup>. Proprio la circostanza della mancata elisione della confisca, peraltro, ha instillato in qualcuno il sospetto che neppure il legislatore abbia creduto realmente all'astratta possibilità di immaginare un diaframma che separi la volontà sociale da quella dei suoi vertici<sup>91</sup>. L'osservazione sembra costituire un'ulteriore riprova del fatto che la *chance* di salvezza accordata all'ente dall'art. 6 non incida sul piano del riconoscimento della responsabilità, bensì su quello della sanzionabilità che viene esclusa – ad eccezione della confisca – per ragioni di opportunità, secondo il meccanismo tipico delle cause di esclusione della pena.

Secondo un diverso approccio, non sarebbe necessario ricorrere ad istituti di diritto penale sostanziale, forieri di possibili equivoci<sup>92</sup> e di difficile adattabilità rispetto alla complessa fattispecie di illecito imputabile all'ente, né tanto meno forgiare categorie di nuovo conio<sup>93</sup>, poiché il problema della collocazione sistematica dei modelli all'interno dell'illecito può esser risolto facendo appello

---

<sup>90</sup> Così PULITANÒ, *Criteri di imputazione*, cit., p. 31.

Secondo MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p. 156, nell'ipotesi dell'art. 6, la confisca, prescindendo dall'affermazione della responsabilità della *societas*, sembra perdere il suo carattere punitivo per acquisire la fisionomia di uno strumento di compensazione dell'equilibrio economico violato.

<sup>91</sup> MUSCO, *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Il giusto processo*, 2002, n. 4, p. 119.

<sup>92</sup> EPIDENDIO, *I modelli di organizzazione dell'ente*, in *Enti e responsabilità*, cit., p. 242 ss. Secondo l'Autore, affrontare il problema facendo riferimento alle categorie di diritto sostanziale può generare quegli stessi equivoci che, nel vigore del vecchio codice, in mancanza di una regola come quella trasfusa nell'attuale art. 530 comma 3 c.p.p., avevano determinato le oscillazioni della giurisprudenza, portata a condannare quando vi fosse una situazione di incertezza in ordine ad una causa di giustificazione e ad assolvere ove il dubbio investisse una causa di estinzione del reato (cfr. Cass., 1 agosto 1985, Luongo, in *Giust. pen.*, 1986, II, c. 364; Cass., 31 ottobre 1984, Siracusa, *ivi*, 1985, II, c. 429; Cass., 16 novembre 1984, Sanfelice, in *Riv. pen.*, 1985, p. 831; Cass., 29 novembre 1983, Fravili, *ivi*, 1984, p. 1094). La dottrina, dal canto suo, pur criticando il *modus procedendi* della Corte suprema, rimaneva ancorata agli istituti sostanziali, così finendo indirettamente per avallare quella tendenza (per una sintesi delle varie posizioni si rinvia a EPIDENDIO, *Le cause di non punibilità in senso lato come oggetto di prova nel c.p.p. 1930 e nel c.p.p. 1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 643, nt. 11). In effetti, alla luce del citato art. 530 comma 3 c.p.p. non ha più senso discernere tra le varie categorie di cause di non punibilità (in senso lato) ai fini del profilo probatorio che le investe, la distinzione operata nel testo era tuttavia funzionale alla compatibilità della fattispecie ex art. 6 d.lgs. 231/2001 rispetto al dato riguardante l'applicabilità della confisca (sanzione principale) pur in costanza di idonei modelli organizzativi.

<sup>93</sup> Come quella delle "cause di esclusione della punibilità ad effetti limitati" delineata da COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato*, cit., p. 103, vd. *supra*, nt. 88.

alla tradizionale sistematica processuale ed in particolare alla distinzione tra fatti costitutivi e fatti impeditivi. Sulla base di questa bipartizione – istituzionale nella teoria processualciviltistica<sup>94</sup>, ma riconosciuta anche da autorevole dottrina processualpenalistica<sup>95</sup> - si ritiene che i modelli di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001 presentino la struttura tipica dell'elemento impeditivo, non vi sarebbe infatti alcun motivo di prevedere un'esclusione di responsabilità se gli elementi precedentemente indicati dalla norma (commissione di un particolare reato, posizione apicale dell'autore, interesse o vantaggio dell'ente) non fossero considerati tali da perfezionare la fattispecie di illecito: l'esclusione implica la sussistenza della responsabilità che, tuttavia, è eccezionalmente impedita dalla presenza di un accidente, l'adozione del modello organizzativo, che a determinate condizioni, appunto, la esclude<sup>96</sup>. In definitiva, non è la mancata adozione di un valido modello che fonda la responsabilità dell'ente, ma viceversa è tale adozione che permette all'ente di evitare il riconoscimento della responsabilità, pur in presenza di quegli elementi che normalmente ne consentirebbero l'affermazione.<sup>97</sup>

Sulla legittimazione che una siffatta lettura offrirebbe alla regola probatoria contenuta nell'art. 6, in termini di compatibilità rispetto all'art. 27 Cost., bisogna

<sup>94</sup> Che distingue tra fatti costitutivi (costituiscono l'effetto previsto dalla norma), fatti impeditivi (impediscono il prodursi dell'effetto), fatti estintivi (estinguono l'effetto connesso agli elementi costitutivi), in materia cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Roma, 1935; SENOFONTE, *Il fatto impeditivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 1985).

<sup>95</sup> SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959, secondo cui sono «elementi impeditivi» quelli che «impedirebbero o negherebbero il sorgere degli effetti giuridici del reato o l'instaurarsi del rapporto punitivo»; cfr., altresì, CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 987 ss, il quale definisce fatti costitutivi “quelli in cui consiste l'asserito reato”, che devono essere enunciati e provati dall'accusa laddove, rispetto ai fatti impeditivi, non incombe all'attore l'onere della prova negativa, se però gli stessi emergono, l'attore soccombe. L'Autore individua esemplificativamente un elemento impeditivo nella verità del fatto ingiurioso all'interno della fattispecie di cui all'art. 597 c.p., ma anche nelle diverse ipotesi di responsabilità oggettiva previste nel codice civile: si pensi agli artt. 2051, 2052, 2053, 2054, ove convivono fatti costitutivi degli obblighi *ivi* contemplati e fatti che invece li escludono. A ben vedere, il modello ex art. 6 d.lgs. 231/2001 è costruito in modo del tutto simile rispetto alle fattispecie civilistiche richiamate (il soggetto che le norme riconoscono, a determinate condizioni, quale responsabile non risponde se prova che...), ed infatti tra le chiavi interpretative del sistema di responsabilità degli enti, non manca chi ricostruisce il paradigma dell'illecito derivante da condotta dei vertici in termini di responsabilità oggettiva alla stregua dei modelli civilistici di cui agli artt. 2049, 2050, 2051 c.c. (così AMODIO, *Prevenzione del rischio di impresa*, cit., p. 324 s.).

<sup>96</sup> EPIDENDIO, *I modelli*, cit., p. 254. Si esprimono in termini di “fatto impeditivo”, altresì, ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche*, cit., p. 49; FERRUA, *Il processo penale contro gli enti*, cit., p. 231; NUZZO, *Appunti sugli aspetti probatori e sulle decisioni finali concernenti l'illecito amministrativo dipendente da reato*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2001, p. 460; PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa*, cit., p. 430; CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1330.

In giurisprudenza, per questa qualificazione: Trib. Milano, 14 dicembre 2004, cit.; G.i.p. Trib. Napoli, 26 giugno 2007, cit.

<sup>97</sup> EPIDENDIO, *I modelli*, cit., p. 258.

però intendersi. Il problema riguardante la prova delle esimenti è estremamente complesso, sia per quanto concerne la distribuzione del relativo onere, sia con riferimento alla regola di giudizio che le coinvolge, ci si limiterà solo ad alcune brevi notazioni funzionali al tema oggetto di approfondimento.

In via di estrema semplificazione, e con l'avvertimento che la stessa ammissibilità del concetto di onere probatorio nel processo penale è ben lungi dal risultare pacifica<sup>98</sup>, sembra potersi riconoscere nella regola fissata dall'art. 6 d.lgs. 231/2001 un'accezione di onere probatorio inteso come rischio per la mancata prova<sup>99</sup>. Infatti, la norma non implica l'efficacia della prova solo se fornita dalla difesa, restando la stessa certamente valida da chiunque venga prodotta<sup>100</sup>.

Posta in questi termini, la questione non concerne tanto chi deve fornire la prova, bensì cosa debba essere provato ed in quale modo<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> Sotto la vigenza del vecchio codice la sussistenza dell'onere della prova veniva negata sulla base della radicale incompatibilità di tale istituto rispetto al sistema inquisitorio, in cui i poteri officiosi del giudice, investito del ruolo di ricercare la verità, costituivano la regola (cfr. MASSA, *Il dubbio sulle cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 117 ss.; CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, rist., 1982, p. 25, nt. 56; BETTIOL, *Presunzioni ed onere della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1936, p. 252).

Con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, ha ripreso vigore il tentativo di sostenere l'esistenza, anche nel processo penale, dell'onere della prova, sulla base di un asserito parallelismo tra quest'ultimo ed il principio dispositivo caratterizzante il nuovo sistema (in tal senso AMODIO, *Il modello accusatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Amodio e Dominioni, vol. I, Milano, 1989, p. XXXVII, *contra* UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1985, p. 98 s.). Occorre però far presente che buona parte della dottrina nega validità all'istituzione di una biunivoca corrispondenza tra onere della prova e principio dispositivo: CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, 1951, p. 695 ss.; ILLUMINATI, *La presunzione*, cit., p. 103; senza contare che sulla stessa configurabilità del principio dispositivo nel codice del 1988 grava qualche dubbio (la esclude NOBILI, *Sub art. 190 c.p.p.*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, II, cit., p. 404).

<sup>99</sup> Si parla in tal caso di "onere materiale", laddove per "onere formale" si allude al modo in cui è ripartito l'onere della prova; la distinzione risale a FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, 1961, p. 75 e DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, (1930), ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, 1976, p. 103, nt. 20.

Nell'ambito del concetto di onere della prova vengono operate, altresì, ulteriori distinzioni per una panoramica delle quali si rinvia a UBERTIS, voce *Prova*, cit., p. 337; EPIDENDIO, *Le cause di non punibilità*, cit., p. 643 s.

<sup>100</sup> Così FERRUA, *Il processo penale contro gli enti*, cit., p. 232, il quale ritiene, pertanto, che l'espressione "onere della prova" debba essere convertita in quella più appropriata di "rischio della mancata prova". Del resto, la regola per cui le prove sono efficaci solo se offerte dal soggetto al quale giovano (si parla in tal caso di "onere completo di prova": BOLAFFI, *L'eccezione nel diritto sostanziale*, Milano, 1936, p. 113; SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, p. 62 ) non ha mai trovato riconoscimento nel processo penale, e non può dirsi sussistente nemmeno nei processi civile e amministrativo, potendosi ravvisare in materia di prove l'opposto principio generale per cui *testes et documenta per productionem fiunt communia*: sul punto si vedano FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, II ed., Milano, 1965, p. 412; CORDERO, *Procedura penale*, VIII ED., 1985, Milano, p. 999; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, cit., p. 131.

<sup>101</sup> BETTIOL, *La regola "in dubio pro reo" nel diritto e nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1937, p. 250; ILLUMINATI, *La presunzione*, cit., p. 107.

Ebbene, non si può negare che, sul piano dei principi, l'unica lettura conforme alla presunzione d'innocenza sia quella che addossa all'accusa l'onere di provare (nel senso sopra riportato) tanto l'esistenza degli elementi costitutivi, quanto l'inesistenza di quelli negativi<sup>102</sup>; laddove la speculare e prevalente interpretazione che fa gravare sulla difesa il rischio della mancata prova dei fatti ad essa favorevoli<sup>103</sup> è, invece, dettata dall'esigenza pratica di sottrarre il pubblico ministero ad una *probatio diabolica*. Ora, la difficoltà in cui l'accusa rimarrebbe invischiata se fosse chiamata a dimostrare l'inesistenza degli elementi negativi appare indubbia, ma se ciò rende in qualche modo tollerabile il fatto che si pervenga ad una sentenza di condanna quando manchi totalmente la prova relativa a tali fatti<sup>104</sup>, non altrettanto può dirsi rispetto ad una pronuncia di colpevolezza emessa a fronte di una situazione di dubbio sugli stessi. La questione tuttavia, estremamente problematica sotto la vigenza del vecchio codice<sup>105</sup>, risulta oggi superata in virtù della regola *ad hoc* fissata nell'art. 530 comma 3 c.p.p., che impone di prosciogliere non solo – com'è ovvio – quando sia positivamente accertata l'esistenza di una causa di giustificazione o di esclusione della punibilità, ma anche ove le stesse risultino investite da un quadro probatorio dubbio. Di tali elementi, dunque, non è richiesta una prova piena e deve pertanto

<sup>102</sup> ILLUMINATI, *La presunzione*, cit., p. 134.

<sup>103</sup> MALINVERNI, *La riforma del processo penale*, Torino, 1970, p. 176 ss.; LOZZI, «Favor rei» e processo penale, 1968, p. 17 ss.; CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p. 379; DOMINIONI, *La presunzione d'innocenza*, in *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, p. 254 ss. MARZADURI, *Sub art. 530 c.p.p.*, in *Commentario al nuovo codice*, cit., p. 525; CORDERO, *Procedura penale*, VII ed., cit., p. 972; PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 694; QUAGLIERINI, *In tema di onere della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1272.

<sup>104</sup> Sebbene tale ipotesi sia ritenuta piuttosto infrequente, se non addirittura irrealizzabile, ove si consideri che spesso «la prova negativa [...] risulta implicitamente dalla ricostruzione del fatto, oppure si può ragionevolmente dedurre da altri dati» (così ILLUMINATI, *La presunzione*, cit., p. 135); nello stesso senso, LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2006, p. 580 ss.).

<sup>105</sup> La giurisprudenza di legittimità a partire dalla pronuncia a Sez. un., 26 febbraio, 1972, Marchese, in *Giur. it.*, 1972, II, p. 433 si era attestata sulla posizione che negava il proscioglimento non solo in caso di prova mancante, ma anche nell'ipotesi di dubbio sulle scriminanti. La sentenza citata inaugura quel filone interpretativo che, nell'inquadrare le cause di giustificazione (ma il principio veniva esteso a tutti gli elementi "esterni" alla fattispecie) tra gli elementi impeditivi del reato, escludeva rispetto agli stessi l'operatività del proscioglimento dubitativo ex art. 479 c.p.p. abr., suscettibile di investire solo gli elementi costitutivi. Secondo la dottrina più avvertita, questa giurisprudenza, sotto le mentite spoglie di un "onere di allegazione" (espressione di matrice dottrinarica con cui si fa riferimento all'onere di indicare il *thema probandum* ed al limite i mezzi di prova necessari all'accertamento dell'esimente: SIRACUSANO, *Studio*, cit., p. 182 ss.), introduceva a carico dell'imputato un vero e proprio onere della prova; «se infatti dalla descrizione di una tecnica probatoria si passa all'individuazione della regola di giudizio, diventa praticamente impossibile distinguere tra onere di allegazione e onere di prova» (ILLUMINATI, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, p. 6). L'orientamento risultava dunque in contrasto con l'art. 27 comma 2 Cost., ma anche con lo stesso art. 479 comma 3 c.p.p. abr. che in realtà non distingueva quanto all'oggetto del dubbio, come stabilito *incidenter tantum* anche dalla Corte cost. nella sentenza 6 luglio 1972, n. 124.

escludersi un onere in tal senso a carico dell'imputato<sup>106</sup>. Sebbene con alcune riserve<sup>107</sup>, la soluzione adottata dal legislatore del 1988 è ritenuta dai più compatibile con i principi costituzionali e segnatamente con l'art. 27 comma 2<sup>108</sup>, poiché all'imputato basta sollevare il semplice dubbio<sup>109</sup> sull'esistenza di una scriminante, fornendone una prova incompleta, per ottenere una pronuncia liberatoria.

<sup>106</sup> ILLUMINATI, voce *Presunzione*, cit., p. 6).

<sup>107</sup> Si è fatto notare, ad esempio, come «sul piano meramente logico non si riesce a comprendere per quale ragione, una volta ammessa l'equivalenza di ipotesi diverse gnoseologicamente, quali la prova negativa e l'assoluta mancanza della prova positiva, non si possa poi formulare analoga assimilazione tra la prova positiva e l'assoluta mancanza della prova negativa, quando l'integrazione della fattispecie è subordinata non al verificarsi, bensì al non verificarsi di un certo fatto» (MARZADURI, *Sub art. 530 c.p.p.*, cit., p. 523); valgono, altresì, le osservazioni riportate nella nota 111.

Vd. anche PANZAVOLTA, *Diritto e processo nel nuovo reato di ingiustificato trattenimento del clandestino*, in *Giur. mer.*, 2003, p. 2235, il quale, nell'analizzare un problema per alcuni versi simile a quello in oggetto, ovvero la questione dell'onere probatorio in ordine al "giustificato motivo" nel reato previsto dall'art. 14, comma 5 *ter* d.lg. n. 286/1998 (come novellato dalla l. 30 luglio 2002, n. 189, cd. legge "Bossi-Fini"), afferma la titolarità di un vero e proprio «diritto all'inerzia probatoria dell'imputato», spettando all'accusa l'onere di provare tutti gli elementi rilevanti (nella loro presenza, se positivi, e nella loro assenza, se negativi) della fattispecie. L'Autore, nello specifico caso alla sua attenzione, di fronte allo stallo ravvisato tra l'impossibilità per il pubblico ministero di fornire la prova (data l'eccessiva indeterminatezza dell'elemento giustificativo) e l'incostituzionalità insita nell'addossare all'imputato anche solo una parte dell'onere probatorio, sotto forma di onere di allegazione, conclude per l'inevitabile illegittimità della norma ex art. 14 comma 5 *ter*, per contrasto con l'art. 27 comma 2 Cost.

<sup>108</sup> MARZADURI, *sub art. 530 c.p.p.*, cit., p. 525; CORDERO, *Procedura*, cit., p. 994; CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, Torino, 1988, p. 45.

<sup>109</sup> Il concetto di dubbio viene ricondotto dalla prevalente dottrina a quello di insufficienza o contraddittorietà della prova di cui agli artt. 529 e 530 comma 2 c.p.p.; taluno pone l'art. 530 comma 3 c.p.p. in relazione con l'art. 192 comma 2 c.p.p. per stabilire che l'esistenza del dubbio sulle scriminanti può dirsi configurato anche in presenza di indizi non qualificati o di un solo indizio (EPIDENDIO, *Le cause di non punibilità*, cit., p. 672); la giurisprudenza, dal canto suo, si esprime in termini di "principio di prova" o "*semiplena probatio*" (rispettivamente Cass., 8 luglio 1997, Boiardi, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3069 e Cass., 7 luglio 1992, Giacometti).

Non sembra potersi condividere, invece, l'opinione di C.CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, in AA. VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, a cura di Scalfati, Milano, 2006, p. 110 s., secondo cui, in seguito all'inserimento dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" nell'art. 533 c.p.p. ad opera della l. 46/2006, si impone un'interpretazione sistematica dell'art. 530 comma 3 c.p.p., in virtù della quale, l'imputato deve far sorgere un "ragionevole" dubbio sull'esistenza degli elementi negativi del fatto tipico, nonostante nella norma il sostantivo "dubbio" non sia aggettivato; per l'opinione che il "dubbio" di cui all'art. 530 comma 3 c.p.p. dovesse già intendersi come "ragionevole" prima della legge n. 46 del 2006 cfr. IACOVIELLO, *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione*, in *Cass. pen.*, 2006, cit., 3872; *contra* PALIERO, *La necessità di un'esegesi comune*, p. 82, che esprime perplessità in ordine all'applicazione del ragionevole dubbio nella prova delle esimenti, poiché esse già «soffrono di un regime "affievolito" di prova onerosa per l'accusa».

Quale indice del fatto che si sia ancora lontani da una soluzione pacifica del problema in materia di onere della prova nel processo penale, viene segnalata la sentenza della Cassazione, 7 maggio 1998, n. 2564, *ivi*, 2000, p. 931 che – in un caso dove il condannato aveva dedotto l'apparente passaggio in giudicato della sentenza in sede di incidente di esecuzione – la Corte ha ritenuto che spettasse all'interessato fornire la prova dei fatti posti a fondamento della sua domanda, stabilendo che "qualora non sia diversamente stabilito, incombe su colui che intenda avvalersi di una facoltà o godere di un beneficio che siano previsti dalla legge fornire la prova del presupposto su cui la domanda si fonda, non potendosi, in assenza di una norma che lo preveda espressamente, stabilire a carico del giudice competente a decidere su di essa l'obbligo di acquisirla d'ufficio". Il parallelismo è individuato da CONSIGLIO, *La prova delle esimenti*, in *Critica pen.*, 2005, p. 96.

Ebbene, allo stesso modo si ritiene debba essere interpretato l'art. 6 d.lgs. 231/2001, nella parte in cui stabilisce che l'ente non risponde se prova le circostanze in esso contemplate. In effetti, la norma non fornisce alcuna indicazione sul *quantum* di prova necessario per convincere il giudice, di conseguenza nulla vieta di leggere la regola ivi contenuta alla luce della disposizione codicistica, di tal ch  l'incertezza sull'esistenza delle condizioni di esonero dell'art. 6 dovrebbe comportare l'assoluzione dell'ente<sup>110</sup>.

Certo un'interpretazione siffatta sembra stridere con l'articolato impegno probatorio richiesto all'ente<sup>111</sup>. Infatti, la societ  non si libera solo provando di avere adottato un adeguato modello organizzativo, ma deve dimostrare altres  che la sua efficace attuazione sia stata affidata ad un organo autonomo dotato di poteri di iniziativa e controllo, che non sia ravvisabile una *culpa in vigilando* in capo a quest'ultimo e che la persona fisica abbia commesso il reato eludendo fraudolentemente le norme preventive interne<sup>112</sup>. Tuttavia, proprio al fine di eludere il rischio che sulla difesa finisca per gravare una *probatio diabolica*<sup>113</sup>, appare corretto aderire all'esegesi sopra prospettata, che, a tutto concedere, sembra essere l'unica compatibile con il rispetto della presunzione di non colpevolezza dell'ente. A ritenere il contrario, «lo spazio effettivamente lasciato

---

<sup>110</sup> Aderiscono a questa lettura TONINI, *Manuale*, cit., p. 696, il quale vi perviene alla luce dei principi del processo penale; CHIMICHI, *Il processo penale a carico degli enti: il quantum della prova della colpa di organizzazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 620, l'Autrice giunge a tale conclusione sulla base di una pi  articolata costruzione (cui si rinvia) al fondo della quale si pone comunque l'esigenza di rispettare i principi del processo penale e del diritto penale sostanziale, primo fra tutti il basilare principio democratico per cui   l'accusa a dover fornire la prova della reit  dell'imputato al di l  di ogni ragionevole dubbio.

<sup>111</sup> Propendono, infatti, per l'interpretazione opposta rispetto a quella accolta nel testo FERRUA, *Il processo penale contro gli enti*, cit., p. 232; DANIELE, voce *Sentenza di proscioglimento (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2008, il quale afferma esplicitamente che per la «causa personale di non punibilit » ex art. 6 d.lgs. 231/2001 vige una regola di giudizio diversa da quella dell'art. 530 comma 3 c.p.p.; cfr. anche LUNGHINI, *L'idoneit  e l'efficace attuazione dei modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001*, in AA. VV., *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilit  degli enti*, a cura di Monesi, Milano, 2004, p. 253, nt. 5, il quale definisce «sostanzialmente abrogatrice della disciplina» la lettura fornita da CHIMICHI (vd. *supra*, nt. 112), ma conviene sul fatto che una diversa interpretazione determinerebbe un totale ribaltamento della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

<sup>112</sup> Quest'ultima circostanza, in particolare, esclude che la responsabilit  dell'ente si fondi sulla propria colpevolezza, consistente in una condotta negligente, poich  il comportamento irreprensibile della societ  sul piano organizzativo non varrebbe ad impedirle di incorrere nella punizione, ove non riuscisse a dimostrare anche la condotta fraudolenta della persona fisica operante al suo interno, la cui sussistenza, lungi dal porsi quale elemento inerente alla colpevolezza, andrebbe tutt' al pi  ad interrompere il nesso di causalit  tra fatto dell'apicale e illecito dell'ente. Ecco perch  il paradigma di responsabilit  delineato dall'art. 6 d.lgs. 231/2001 pi  che fondarsi sulla colpa organizzativa, secondo le intenzioni garantiste del legislatore, si approssima decisamente ad una forma di responsabilit  oggettiva, con ben poche responsabilit  per l'ente di farla franca (cos  AMODIO, *Prevenzione del rischio*, cit., p. 323).

<sup>113</sup> Si esprime in questi termini FERRUA, *Il processo penale contro gli enti*, cit., p. 231, con riferimento in particolare alla prova negativa dell'ammessa vigilanza da parte dell'organismo di controllo (art. 6 lett. d).

all'operatività della colpa [sarebbe] così evanescente da far apparire il programmatico ossequio all'art. 27 Cost. una mera finzione»<sup>114</sup>.

Le riflessioni brevemente illustrate, come già avvertito, con riferimento al modello previsto dall'art. 6 d.lgs. 231/2001, esauriscono la loro validità nel cercare di preservare la tenuta di un sistema che, in ogni caso, pone l'onere della prova sulle condizioni di esonero in capo all'ente. Ma, come si è cercato di dimostrare, la chiave di lettura accolta nel testo consente di stemperare quella che a prima vista poteva apparire una palese violazione dei principi costituzionali fondanti il processo penale, sede prescelta per l'accertamento dell'illecito ascrivibile all'ente, comunque lo si voglia qualificare. Violazione che avrebbe rivelato, peraltro, una singolare eterogenesi dei fini, posto che, nelle intenzioni del legislatore delegato, il paradigma di illecito derivante da condotta degli apicali è stato così delineato proprio al fine di garantirne la compatibilità rispetto ai principi costituzionali.

A questo punto, l'indagine sul problema dell'onere della prova rispetto all'illecito disciplinato dall'art. 6 sembrerebbe conclusa. In realtà le considerazioni svolte, di carattere generale, debbono ora essere adattate alle peculiarità dell'accertamento cautelare. Orbene, in tale contesto, emergono immediatamente due fattori uno dei quali semplifica notevolmente il quadro tratteggiato, l'altro, invece, inserisce ulteriori profili di problematicità, suscettibili persino di indebolire la ricostruzione cui si è faticosamente pervenuti.

Il primo dato, già più volte ribadito, riguarda il fatto che, in sede cautelare, il carico probatorio dell'ente incontra un notevole temperamento nella circostanza per cui la sola preventiva adozione di modelli, in quanto idonea ad escludere il pericolo di recidiva, consentirà all'ente di evitare le misure cautelari<sup>115</sup>.

D'altro canto, però - questo il fattore di complicazione - aver inquadrato i modelli organizzativi tra gli elementi impeditivi della fattispecie conduce inevitabilmente a confrontarsi con la regola peculiare di cui all'art. 273 comma 2 c.p.p., rispetto alla quale la giurisprudenza si è finora rivelata particolarmente severa, con il sostanziale avallo, sia pur in termini critici, della dottrina. Ecco allora che il nostro discorso circa la valenza del dubbio sulle cause di esclusione

---

<sup>114</sup> AMODIO, *Prevenzione del rischio*, cit., p. 323.

<sup>115</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 476.



della punibilità ai fini del giudizio di merito rischia di essere capovolto, paradossalmente, proprio rispetto alla prova per le fattispecie cautelari<sup>116</sup>.

### 3.3.2. *Rispetto all'illecito derivante dal reato dei sottoposti*

Dall' inquadramento dei modelli organizzativi *ex art. 6* alla stregua di fatti impeditivi alla conclusione che, anche in relazione all'illecito disciplinato dall'art. 7, l'*onus probandi* gravi sulla difesa, benché la norma non lo espliciti, il passo è breve. Il discorso, tuttavia, è molto più complesso.

Il paradigma di responsabilità collettiva dipendente dal reato dei sottoposti è fondato - questo sì - su una vera e propria colpa di organizzazione. La *societas* risponde, per espressa previsione normativa, se il reato è stato reso possibile dall'omissione degli obblighi di direzione e vigilanza. Alla minor pregnanza del rapporto che lega l'ente collettivo e il sottoposto corrisponde, opportunamente, una maggiore valorizzazione della colpevolezza dell'ente, il quale, perché possa essergli ascritta la responsabilità, deve aver contribuito alla realizzazione del fatto delittuoso con una condotta omissiva che si sostanzia in un *culpa in vigilando*.

Parte delle dottrina riconduce anche il modello di cui all'art. 7 nello schema dell'immedesimazione organica, ritenendo che titolari degli obblighi di direzione e vigilanza siano pur sempre i soggetti apicali, che, violando quegli obblighi, da un lato, agevolano la commissione del reato da parte dei propri sottoposti, secondo il paradigma del concorso colposo, e, dall'altro, determinano la responsabilità della *societas*, in quanto vertici<sup>117</sup>. La formulazione letterale dell'art. 7 d.lgs. 231/2001, però, non specifica che destinatari degli obblighi di vigilanza debbano essere necessariamente gli organi di vertice, ben potendo tali funzioni gravare su dipendenti specificamente investiti del potere di controllo<sup>118</sup>. In definitiva, è chiaro che il giudice, nell'applicare l'art. 7, deve accertare una condotta omissiva in capo ad un soggetto destinatario di obblighi di direzione e vigilanza, ma tale omissione non assume autonoma rilevanza, costituendo solo il nesso di collegamento tra reato del singolo e responsabilità dell'ente<sup>119</sup>. Dunque, il rimprovero è riferito impersonalmente alla struttura dell'ente nel suo

<sup>116</sup> Il tema sarà oggetto di approfondimento nel paragrafo seguente, specificamente dedicato al rapporto tra giudizio di merito e giudizio cautelare.

<sup>117</sup> COCCO, *L'illecito degli enti*, cit., p. 108.

<sup>118</sup> AMODIO, *Prevenzione del rischio*, cit., p. 325.

<sup>119</sup> AMODIO, *Prevenzione del rischio*, cit., p. 325.

complesso e gli obblighi di controllo sono configurati come propri dell'ente stesso<sup>120</sup>.

Chiarito il dubbio interpretativo, preme evidenziare che nel paradigma di imputazione di cui all'art. 7, l'accusa non può limitarsi a provare la commissione di un determinato reato, da parte di un soggetto qualificato, nell'interesse e a vantaggio dell'ente, ma deve altresì dimostrare la carenza organizzativa della società che, a causa di una inesistente o inidonea vigilanza sui propri sottoposti, ne ha reso possibile l'agire delittuoso. Fin qui nessun problema, l'omissione degli obblighi di controllo è elemento costitutivo dell'illecito, dunque il relativo *onus probandi* grava, ovviamente, sul pubblico ministero. Il discorso si complica in ragione del fatto che il secondo comma dell'art. 7 esclude l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato modelli organizzativi idonei a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi. Ebbene: nello schema di illecito disegnato dalla norma, i modelli possono essere parimenti considerati quali fatti impeditivi, con conseguente attribuzione dell'onere della prova in capo alla difesa sulla falsariga dell'art. 6, o devono piuttosto ritenersi elementi costitutivi della fattispecie, oggetto di dimostrazione da parte dell'accusa?

Sebbene si ritenga che la formula legislativa - “piuttosto contorta” nel porre i modelli organizzativi come fattore che esclude l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza piuttosto che la responsabilità dell'ente *tout court* - non muti la sostanza delle cose, e cioè non incida sulla natura dei modelli quale fatto impeditivo<sup>121</sup>, da un'attenta analisi del dato testuale sembra potersi ricavare una conclusione differente.

Come si è visto, a fondare la responsabilità dell'ente, nel modello di cui all'art. 7, sta il *deficit* di direzione e vigilanza, *deficit* che però viene escluso dall'adozione ed implementazione di modelli efficaci. Tale circostanza, dunque,

---

<sup>120</sup> Per questa lettura, esplicitamente, DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1348; PALIERO, *Societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 846, il quale ritiene che il modello *ex art. 7*, superando gli schemi tradizionali, fonda la responsabilità non sulla prova della negligenza della persona fisica-sorvegliante (dirigente) nel controllo della persona fisica-sorvegliato (dipendente), bensì sulla prova di una generale e strutturale colpa di organizzazione nella prevenzione e protezione dell'azienda dallo specifico rischio della commissione di un reato, della specie di quelli indicati, da parte di un qualsiasi dipendente o *nuncius* dell'impresa stessa; ALESSANDRI, *Note penalistiche*, cit., p. 49; DE SIMONE, *I profili sostanziali*, cit., p. 112; MEREU, *La responsabilità “da reato”*, cit., p. 69 ss.

<sup>121</sup> Così FERRUA, *Il processo penale contro gli enti*, cit., p. 234; nello stesso senso EPIDENDIO, *I modelli organizzativi*, cit., p. 255 ss.

andando ad incidere su un elemento costitutivo della fattispecie, non può che essere inserita tra gli oneri probatori del pubblico ministero<sup>122</sup>. In altri termini, la stessa costituisce elemento della colpevolezza dell'ente, in quanto modalità normale di adempimento degli obblighi di direzione e vigilanza<sup>123</sup> ed entra, perciò, a pieno titolo, tra i criteri di imputazione dell'illecito. Mentre nell'ipotesi disciplinata dall'art. 6, come dimostrato, i modelli hanno una rilevanza scusante, ponendosi quali elemento aggiuntivo rispetto ad un illecito già completo nei suoi elementi integrativi di cui va a neutralizzare il rilievo, nella diversa fattispecie di responsabilità da reato dei sottoposti, l'adozione del modello determina l'assenza del relativo criterio di imputazione<sup>124</sup>. In definitiva, la sussistenza di un valido modello organizzativo esclude la colpa dell'ente, dunque sarà la pubblica accusa a doversi fare carico della relativa prova<sup>125</sup>, come ulteriormente dimostrato dalla mancanza di una norma espressa sull'inversione dell'onere della prova, analoga a quella – eccezionale - contenuta nell'art. 6 d.lgs. 231/2001<sup>126</sup>.

Pur collocandosi nella scia dell'indirizzo sopra tratteggiato, presenta un sua peculiarità la ricostruzione della regola posta dall'art. 7 comma 2 d.lgs. 231/2001 in termini di prova legale. Secondo tale prospettiva, nell'*iter* teso a dimostrare l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza, il pubblico ministero incontra un limite nell'esistenza di validi modelli organizzativi, la cui avvenuta adozione rappresenta un fatto tipico, magari anche allegato dall'incolpato, che va a scontrarsi con la libertà dell'accusa di addurre elementi e di argomentare sulla condotta colposa dell'ente, impedendogli di dimostrare il *deficit* di controllo della

<sup>122</sup> In tal senso FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 475.

<sup>123</sup> PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa*, cit., p. 949.

<sup>124</sup> DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo*, cit., p. 27, nt. 29, il quale delinea un efficace parallelismo con l'errore sul fatto di cui all'art. 47 c.p., che non costituisce certo una scusante, bensì evidenza più semplicemente la mancanza del dolo. Il confronto tra i due modelli di responsabilità viene valorizzato anche per dimostrare che, ove non si diversificasse la soluzione relativa al ruolo dei protocolli organizzativi «verrebbe meno la differenza di regime tracciata marcatamente dal legislatore tra l'illecito derivante dal reato degli apicali, addebitato con criteri di maggior rigore, e la responsabilità conseguente a condotta criminosa dei dipendenti, contrassegnata invece da un maggior favor verso la posizione della *societas*» (AMODIO, *Prevenzione del rischio*, cit., p. 326, richiamando la *Relazione ministeriale* ai paragrafi 3.4 e 3.5).

<sup>125</sup> Per questa lettura, oltre agli Autori già citati: DE SIMONE, *I profili sostanziali*, cit., p. 112; MEREU, *La responsabilità "da reato"*, cit., p. 69 ss.; DE MAGLIE, *Principi generali*, cit., p. 1348, secondo la quale i modelli di cui all'art. 7 rappresentano l'espressione più pura della colpa di organizzazione, intesa in senso oggettivo ed ipernormativo; PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 54; GENNAI-TRAVERSI, *La responsabilità degli enti*, Milano, 2001, p. 55; GUERNELLI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo*, Parte I, in *Studium juris*, 2002, p. 293; SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese*, Milano, 2004, p. 328; MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa*, cit., p. 1119 (sia pur in termini non espliciti).

<sup>126</sup> Valorizzano opportunamente questa circostanza DE SIMONE, *I profili sostanziali*, cit., p. 112; MEREU, *La responsabilità "da reato"*, cit., p. 69.

società e rendendo, di conseguenza, doverosa l'assoluzione per insussistenza dell'illecito amministrativo. Qualora, al contrario, il fatto costitutivo della prova legale non sia acquisito, per mancanza del modello o a causa del dubbio sulla sua efficacia, il pubblico ministero non è esonerato dall'onere di dimostrare la colpa e l'incertezza sulla sua sussistenza giova all'ente incolpato<sup>127</sup>.

Non deve sorprendere il fatto che si accolga una differente ricostruzione della natura e della valenza dei modelli organizzativi in base alla tipologia di illecito cui accedono, se si considera che in dottrina v'è chi avanza una concezione dualistica, secondo la quale gli art. 6 e 7 del decreto 231 delinearrebbero due prototipi distinti di modelli organizzativi, con regole e caratteristiche peculiari a ciascuno di essi.<sup>128</sup> Le divergenze vengono individuate, in particolare, rispetto a due profili: il contenuto dei modelli (l'art. 6 si caratterizza per una spiccata tipicità, predeterminando le specifiche esigenze cui gli stessi devono rispondere, laddove l'art. 7 contiene una mera descrizione degli obiettivi che i modelli devono essere in grado di soddisfare, con la previsione, altresì, di un'apposita clausola di proporzionalità che consente di adattare i moduli organizzativi interni alla natura e alle dimensioni della struttura societaria e dell'attività svolta) ed il sistema dei controlli (mentre nel primo caso l'apparato preventivo viene corredato anche di regole procedurali finalizzate a garantirne l'effettività, mediante l'intervento di un autonomo organismo di vigilanza, dotato di poteri di iniziativa e controllo, nonché sanzionatori; niente di tutto ciò si prevede riguardo alla seconda ipotesi, rispetto alla quale il legislatore si limita a richiedere verifiche periodiche e adeguate sulla effettiva attuazione dei modelli<sup>129</sup>). In effetti non si riesce ad individuare altra ragione per cui il

<sup>127</sup> AMODIO, *Prevenzione del rischio*, cit., p. 326, il quale sottolinea che la prova legale di cui all'art. 7 comma 2, rispecchia un regime probatorio di fisionomia marcatamente civilista. Sul tema, in generale, NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*; Milano, 2007, p. 197 s.

<sup>128</sup> COCCO, *L'illecito degli enti*, cit. p. 90; PECORELLA C., *Principi generali e criteri di attribuzione*, cit., p. 84; RORDORF, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 79.

<sup>129</sup> Le differenze illustrate sono ricostruite da AMODIO, *Prevenzione del rischio*, cit., p. 327 ss., il quale riconduce la minor definitezza dei modelli richiesti per la prevenzione dei reati dei subalterni al fatto che gli stessi si inseriscono in un contesto dove gli obblighi di direzione e vigilanza sono già istituzionalmente predeterminati dalla struttura societaria; di tal ché non si rende necessaria una rigida regolamentazione del sistema preventivo interno. L'Autore si spinge oltre, adombrano una terza tipologia di modelli con riferimento ai reati societari (art. 25 *ter* d.lgs. 231/2001), rispetto ai quali è previsto un diverso criterio di imputazione che accomuna in un'unica classe soggetti apicali e dipendenti e fonda la responsabilità sul reato commesso nell'interesse dell'ente e sull'omessa vigilanza dei vertici in diffimità degli obblighi inerenti la loro carica. Da ciò si desume che le regole di prevenzione del rischio reato devono coincidere con quelle enucleate all'interno della struttura societaria, indipendentemente dalle prescrizioni di cui agli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001. *Contra*, su quest'ultimo punto, PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 57 s.

legislatore abbia scelto di descrivere i modelli organizzativi in termini distinti nelle due fattispecie, se non quella di aver voluto costruire due prototipi differenziali, ciascuno con una propria disciplina. Se la legge avesse inteso prevedere un unico modello, una volta fissatene dettagliatamente le caratteristiche all'interno dell' art. 6, nella norma successiva avrebbe potuto operare un semplice richiamo, piuttosto che disciplinare *ex novo* il medesimo istituto. In ogni caso, se anche non si volesse condividere la concezione dualistica dei modelli sotto il profilo della differenza contenutistica<sup>130</sup> – in effetti la prospettiva speculare non sembra così implausibile se si prendono in considerazione altri indici, quali la medesima finalità preventiva del comune rischio reato che caratterizza i modelli nell'uno e nell'altro caso, i benefici che deriverebbero dall'integrazione delle due norme citate in termini di completezza contenutistica dei modelli e di uniformità di valutazione, l'artificialità e l'irrazionalità di adottare all'interno di una medesima organizzazione aziendale due modelli distinti nell'eventualità che si verifichi un illecito derivante da reato dei vertici piuttosto che dei sottoposti<sup>131</sup> – non sembra potersi revocare in dubbio, per le ragioni sopra evidenziate, che i modelli rivestono un ruolo nettamente distinto nell'economia delle due tipologie di illecito addebitabile all'ente e che, conseguentemente, anche la distribuzione del relativo onere della prova si atteggi diversamente. Quest'ultimo grava sull'incolpato<sup>132</sup>, per espressa previsione normativa – da cui si ricava la necessaria natura di fatto impeditivo del modello – nell'ipotesi di cui all'art. 6; mentre spetta alla pubblica accusa nel caso dell'art. 7, poiché la relativa adozione, incidendo sulla colpevolezza dell'ente, rappresenta un elemento costitutivo della responsabilità.

---

<sup>130</sup> Sposano la concezione monistica, e cioè concepiscono in modo unitario il contenuto dei modelli organizzativi, PULITANÒ, *La responsabilità «da reato» degli enti nell'ordinamento italiano*, in *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in *Cass. pen.*, 2003, supplemento al n. 6/2003, p. 26; EPIDENDIO, *I modelli organizzativi*, cit., p. 197.

<sup>131</sup> Si rileva però che i due modelli potranno di fatto confluire in un unico documento predisposto dall'ente, fermo restando, tuttavia, che il giudice dovrà pronunciarsi sull'addebito amministrativo assumendo come parametro la sola parte del modello rilevante in relazione al reato contestato a un soggetto apicale ovvero a un dipendente (AMODIO, *Prevenzione del rischio*, cit., p. 328, nt. 29). In realtà proprio questa notazione potrebbe essere decisiva per ritenere che il legislatore abbia delineato con i modelli un istituto unitario, che, semplicemente, assumerà caratteristiche diverse a seconda che sia necessario scongiurare il rischio di commissione di un reato da parte dei vertici oppure dei subordinati; in sostanza, se non proprio un modello unitario di organizzazione, quanto meno si deve riconoscere un comune elemento base costituito dall'adozione ed efficace attuazione di modelli idonei a prevenire la commissione di reati (così PULITANÒ, *La responsabilità amministrativa*, cit., p. 949).

<sup>132</sup> Nei limiti fissati nel precedente paragrafo.

Non si nega che una ricostruzione di questo tipo finisce per riproporre quelle stesse perplessità che, sotto la vigenza del vecchio codice, avevano investito la tendenza a parametrare la regola di giudizio sugli elementi della fattispecie a seconda che li si considerasse costitutivi oppure impeditivi<sup>133</sup>. E, in effetti, la distribuzione dell'onere probatorio non può dipendere da variabili scelte di collocazione dogmatica. Tuttavia, sembra potersi rinvenire anche una ragione sostanziale a supporto della soluzione accolta nel testo. Nel caso di illecito derivante dal reato dei sottoposti, come riportato, non è riscontrabile quel legame tra autore del fatto ed ente tale per cui l'azione del primo può dirsi espressione della volontà del secondo. Dunque, l'ipotesi in cui la persona fisica non rappresenti la politica organizzativa della società non costituisce l'eccezione, ma la regola. Di conseguenza, se nel caso degli apicali un'inversione dell'onere della prova sui modelli, nei limiti di cui si è detto, appare più tollerabile, non altrettanto vale per la responsabilità derivante da condotta delittuosa dei sottoposti, in relazione alla quale il compito dimostrativo dell'accusa deve spingersi fino a coprire tutto ciò che contribuisce a fondarla.

Il problema, si ripresenta, però, sul terreno dell'accertamento cautelare, dove, come anticipato, ci si imbatte nell'art. 273 comma 2 c.p.p., nell'interpretazione rigorosa che ne dà la Suprema corte. Allora sì, la distinzione tra elementi costitutivi e impeditivi della fattispecie, quale criterio discretivo per stabilire la regola valutativa da applicare, può divenire un serio problema<sup>134</sup>.

#### **4. Interferenze tra giudizio cautelare e giudizio di merito: regole di accertamento ed autonomia cognitiva.**

Il tema dei rapporti tra incidente cautelare e giudizio di merito può essere scandagliato da due angolature distinte, ma al contempo strettamente interconnesse.

Da una parte, sul piano statico, si pone il tradizionale problema degli *standard* probatori richiesti per la valutazione del *fumus commissi delicti*,

---

<sup>133</sup> Vd. paragrafo precedente.

<sup>134</sup> Vd. par. seguente.

dall'altra, su quello dinamico, emerge la questione cruciale dell'autonomia del procedimento principale rispetto agli esiti di quello cautelare. Com'è evidente, il secondo aspetto risulterà fortemente condizionato dai risultati cui si ritiene di pervenire in relazione al primo.

L'analisi - estremamente complessa, ma agevolata dalla copiosa elaborazione scientifica maturata sul tema - mira, in sostanza, ad esaminare quali movenze assumano le problematiche affollatesi negli anni intorno a questo delicato snodo, una volta venute a contatto con le peculiarità dell'illecito e della disciplina cautelare coniata per gli enti.

Riguardo al primo aspetto, lungi dal tentare di condensarne la portata<sup>135</sup>, si intende semplicemente segnalare qualche spunto suscettibile di assumere un rilievo peculiare rispetto al tema in oggetto, non senza avvertire, peraltro, che l'argomento risulta già in parte esaurito con la trattazione dei gravi indizi di colpevolezza<sup>136</sup>.

Il percorso decisionale in cui si esplica la valutazione del *fumus commissi delicti* viene scomposto in un momento «retrospettivo» ed uno «prognostico»<sup>137</sup>, o nella duplice dimensione «statica» e «dinamica», secondo la terminologia usata dalla Suprema corte<sup>138</sup>.

Autorevole dottrina ritiene che, all'interno della prima fase, in cui si va a verificare la fondatezza della ricostruzione del fatto, debbano essere seguiti gli stessi criteri probatori che vanno applicati nel giudizio di merito sull'imputazione. L'unica differenza consiste nel materiale su cui poggia il giudizio cautelare, che, essendo qualitativamente diverso da quello alla base della decisione di merito, fonda una delibazione allo stato degli atti; ma il livello di concludenza deve essere lo stesso richiesto per la sentenza di condanna, così come analoghe debbono essere le regole probatorie<sup>139</sup>. Sul piano contenutistico, ciò si traduce in un accertamento che investe tutte le componenti del reato in contestazione, in sostanza «la clausola riguardante i gravi indizi di colpevolezza fornisce una sintesi anticipata di tutti i requisiti necessari a condannare»<sup>140</sup>.

<sup>135</sup> Per la quale si rinvia al completo studio di NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit.

<sup>136</sup> Vd. *supra*, cap. I, par. 3.1.

<sup>137</sup> NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 257 ss.

<sup>138</sup> Cass. 19 ottobre 1992, Luca, in *C.E.D. Cass.*, n. 192371.

<sup>139</sup> NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 267 ss., MARZADURI, *Giusto processo e misure cautelari*, in AA. VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di Kostoris, Torino, 2002, p. 271; in giurisprudenza, tra le più recenti, Cass., 4 maggio 2005, Lo Cricchio, in *C.E.D. Cass.*, n. 232601.

<sup>140</sup> NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 116.

Orbene, non v'è motivo di negare che i risultati faticosamente raggiunti su questo terreno dalla dottrina<sup>141</sup>, corroborati dall'interpolazione dell'art. 273 c.p.p.<sup>142</sup>, vadano riconosciuti anche qualora destinatario di un provvedimento cautelare sia una persona giuridica. Si tratta, però, di verificare quale significato assumano in concreto tali principi, calati in quel peculiare contesto, e se si possano determinare effetti inediti.

Abbiamo visto, nel capitolo precedente, come la valutazione di gravità indiziaria a carico dell'ente debba investire tutte le singole componenti che concorrono ad integrare la sua responsabilità. Lo scrupolo di ribadire una circostanza tutto sommato ovvia è derivato dall'esigenza di smentire le prime prassi applicative, rivelatesi assai poco rigorose. Acclarato, dunque, l'oggetto della valutazione cautelare, occorre ora stabilirne il grado di concludenza, alla luce delle osservazioni poc'anzi riportate. Ferma restando l'applicabilità delle regole probatorie generali – non soltanto quelle contemplate dalla legge speciale, ma, in forza della clausola di rinvio di cui all'art. 34 d.lgs. 231/2001, anche le disposizioni del libro III del codice di rito, in quanto compatibili – cosa significa, rispetto all'illecito dell'ente, che l'accertamento debba presentare lo stesso grado di concludenza di quello di merito? Quale grado di approfondimento deve investire gli elementi che compongono la complessa fattispecie di illecito collettivo? Quando il vaglio di colpevolezza allo stato degli atti può dirsi caratterizzato da una consistenza tale da non rischiare di essere smentito nel

<sup>141</sup> Per una ricostruzione del cammino che ha portato al riconoscimento di quella che viene definita una « conquista recente e spesso ancora trascurata » si rimanda ancora una volta a NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., in particolare cap. I.

<sup>142</sup> Il riferimento è, ovviamente, all'introduzione del comma 1 *bis* nell'art. 273 c.p.p., ad opera della legge n. 63/2001. Tuttavia, come già accennato in precedenza (vd. *supra* cap. I, nt. 23), la tecnica del rinvio espresso ad alcune soltanto delle disposizioni probatorie del libro III c.p.p. – in sostanza quelle che venivano maggiormente “eluse” in sede cautelare – reca in sé il germe per una lettura di senso contrario rispetto allo scopo perseguito dal legislatore, che ispirandosi al canone *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, finisce per negare la validità generale delle regole probatorie, anche al di fuori del giudizio di merito. Sintetizza, con consueta efficacia, CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 479 : «virtuoso l'intento, formula inabile: bisognava dire che le regole sulla prova valgono anche in sede cautelare (eventualmente sottolineando quanto sia ingenuo ogni dubbio); e il nuovo comma ne indica tre, quasi formulasse una previsione tassativa. C'è da temere qualche lettura abusiva [...]». Tale effetto si è manifestato, peraltro, in modo particolarmente accentuato proprio in relazione ad una delle norme di maggiore problematicità rispetto al giudizio cautelare, il cui parziale richiamo, limitatamente soli commi 3 e 4, ha indotto taluno ad escludere l'applicabilità della fondamentale regola dedicata alla valutazione della prova indiziaria (art. 192 comma 2). Espressive di tale indirizzo riduttivo: Cass., 21 ottobre 2004, Ricciardiello, in *C.E.D. Cass.*, n. 230859; Cass., 28 ottobre 2005, De Pieri, *ivi*, n. 23262; Cass., 4 luglio 2003, Pilo, in *Guida dir.* 2004, f. 4, p. 80.

Per considerazioni più ampie sul punto si rinvia a SPANGHER, *Più rigore - e legalità - nella valutazione dei gravi indizi per l'applicazione delle misure cautelari personali*, in AA. VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)*, a cura di Tonini, Padova, 2001, p. 422; MARZADURI, *Giusto processo*, cit., p. 266.



prosieguo del procedimento? Quest'ultimo interrogativo sposta il piano d'analisi verso il secondo momento di cui si compone la valutazione cautelare, ovvero quello prognostico, in cui lo sforzo valutativo del giudice deve essere diretto a verificare il grado di futura resistenza<sup>143</sup> dell'ipotesi di colpevolezza formulata sulla base del materiale raccolto fino a quel momento.

Ferma restando quest'impostazione di fondo, certamente valida anche per la vicenda cautelare coinvolgente le persone giuridiche, non si può negare quanto il particolare *status* del soggetto con cui ci misuriamo, le peculiarità dell'illecito in discorso e, non ultimo, l'inedito procedimento di applicazione delle cautele previsto dall'art. 47 d.lgs. 231/2001, colorino gli aspetti sommariamente descritti di una luce diversa.

Il pensiero corre immediatamente al vero fulcro dell'accertamento cautelare, così come del giudizio di merito, ovvero la valutazione di idoneità dei modelli organizzativi adottati dall'ente. Prescindendo da chi debba fornire la prova dell'effettiva sussistenza dei modelli<sup>144</sup>, si tratta ora di capire come il giudice cautelare debba valutarli e soprattutto l'incidenza che un simile apprezzamento è suscettibile di ricoprire al di fuori del contesto incidentale.

Si è osservato come la complessità che contraddistingue l'accertamento del profilo soggettivo del reato<sup>145</sup> «s'accresce in maniera esponenziale nelle fasi preliminari»<sup>146</sup>; infatti, «la prassi dei “giudizi allo stato degli atti” conosce valutazioni estremamente dimentiche dell'autore, perché “negli atti” c'è solo il “fatto”»<sup>147</sup>. Ebbene, proprio queste considerazioni offrono lo spunto per evidenziare quanto le peculiarità dell'illecito imputabile agli enti si ripercuotano sull'accertamento cautelare. Ammesso che i modelli organizzativi possano essere ricondotti nel solco dell'elemento soggettivo della fattispecie<sup>148</sup>, preme

<sup>143</sup> GARUTI, *La gravità degli indizi nei provvedimenti de libertate*, in *Giur. it.*, 1993, II, p. 627.

<sup>144</sup> Tema già ampiamente scandagliato, ma che tornerà all'attenzione nel prosieguo del presente paragrafo, quando si accennerà alla questione dell'art. 273 comma 2 c.p.p.

<sup>145</sup> Che i gravi indizi di colpevolezza non possano riferirsi solo al fatto materiale, ma debbano riguardare il reato addebitato all'indagato nella sua interezza, e quindi anche l'elemento soggettivo, è affermazione pressoché indiscussa tanto in dottrina che in giurisprudenza (cfr. MARZADURI, voce *Misure cautelari (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, p. 65; NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 107 ss.; Cass., 3 settembre 1992, Biasi, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, p. 146; Cass., 14 novembre 1991, Giordano, in *Cass. pen.*, 1993, p. 108; in senso parzialmente difforme Cass., 1° aprile 1992, Genovese, in *C.E.D. Cass.*, n. 190345, secondo cui è sufficiente l'elevata probabilità che la persona incolpata, e non altri, sia legata da un nesso di causalità efficiente, produttivo di un evento penalmente configurato.

<sup>146</sup> NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 111.

<sup>147</sup> DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 296.

<sup>148</sup> Questione (per la quale si rimanda al paragrafo 3.3.1.) non determinante ai fini del concetto che si intende esprimere, ma che diviene tale nel momento in cui la collocazione dei modelli all'interno della

evidenziare come la colpa organizzativa della *societas* che si risolve, in sostanza, nella mancata adozione dei modelli<sup>149</sup> - richieda un accertamento molto diverso da quello teso ad indagare la probabile sussistenza della colpevolezza di una persona fisica. E ciò non tanto e non solo perchè il parametro soggettivo della colpa presenta di per se stesso sue proprie peculiarità, quanto perchè, il reale perno di quell'accertamento è dato proprio dall'eventuale esistenza ed idoneità dei modelli organizzativi. In sostanza, non si tratta di vagliare un atteggiamento psicologico della volontà, che, come si diceva, risulta oltremodo difficoltoso in sede preliminare, né di sondare elementi di difficile rintracciabilità. Si tratta solo di verificare se esiste nel contesto aziendale un modello organizzativo, se tale protocollo era stato adottato prima della commissione del reato al vaglio degli inquirenti e, ove tale controllo dia esito positivo, se il modello adottato possa considerarsi idoneo. Scomponiamo i due momenti. Accertare la materiale sussistenza del modello è operazione semplice: se il modello esiste, la società imputata sarà certamente solerte nell'allegarlo<sup>150</sup>; certificarne la data di adozione è altrettanto facile: il modello consisterà in un documento formale in cui è implausibile possa mancare l'informazione temporale<sup>151</sup>. Ebbene, per dirla con le parole dell'Autore in precedenza citato<sup>152</sup>, questo sembra un classico caso in cui l'elemento che si vuole accertare è "negli atti"; senza contare che, anche ove non ve ne fosse traccia, esiste un'udienza che costituisce la sede naturale per la sua produzione. Sul piano valutativo, poi, dal momento che si tratta di un vaglio di natura tecnica per effettuare il quale nella prassi applicativa sembra procedersi

---

fattispecie funge da criterio discrezionale per decidere sull'applicabilità delle due distinte regole di giudizio contenute nell'art. 273 comma 2 c.p.p. (sul punto vd. *infra*).

<sup>149</sup> Occorre precisare, tuttavia, che, con riferimento all'illecito derivante dal reato dei sottoposti (art. 7 d.lgs. 231/2001), l'omissione degli obblighi di direzione e vigilanza, in cui si sostanzia la colpa dell'ente, non è vista da tutti come biunivocamente collegata all'assenza dei modelli organizzativi; infatti secondo LUNGHINI, *L'idoneità e l'efficace attuazione*, cit., p. 252, resta ferma la possibilità di ritenere non rimproverabile l'ente nel caso in cui, indipendentemente dall'adozione dei modelli organizzativi, abbia rispettato i normali obblighi di direzione e vigilanza.

<sup>150</sup> Il che dimostra come le elucubrazioni teoriche siano spesso ridondanti sul piano della prassi. Ma lo sforzo di trovare un'interpretazione che rendesse costituzionalmente accettabile l'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001, non era riferito tanto alla dimostrazione dell'esistenza del modello quanto alla sua validità e alla prova delle ulteriori condizioni richieste dalla norma citata.

<sup>151</sup> Sul punto specifico, cfr. AMODIO, *Prevenzione del rischio*, cit., p. 328 s., il quale però distingue in ordine all'indispensabilità di un documento formalmente adottato, tra le due tipologie di illecito di cui agli artt. 6 e 7. In ogni caso, i modelli sono espressamente definiti dalla Relazione (par. 3.3) come di documenti.

Ovviamente si prescinde dalla pur ipotizzabile situazione patologica che veda gli amministratori, o chi per loro, falsificare la data di adozione del modello, perché risulti antecedente alla commissione dell'illecito.

<sup>152</sup> Cfr. nt. 147.

regolarmente con perizia<sup>153</sup>, perde valore la questione circa il grado di concluzione che deve avere la prognosi cautelare. In questo caso, più che ad un giudizio di probabilità, siamo dinanzi ad una valutazione oggettiva e quindi dotata in qualche modo di un fondamento di certezza. Si consideri, inoltre, che il vaglio investe un elemento le cui caratteristiche non sono destinate a modificarsi con l'avanzare del procedimento; il contenuto del modello è cristallizzato al momento di adozione dello stesso, potrà essere integrato o perfezionato e questi ritocchi andranno certamente ad incidere sulla valutazione del *periculum* di reiterazione, ma il contenuto rilevante ai fini del giudizio di idoneità preventiva che esclude la responsabilità non può che essere quello trasfuso nella versione iniziale del modello.

Se, allora, la valutazione cautelare si risolve essenzialmente nella stima di validità del modello<sup>154</sup>, il problema diviene quello di sondare la possibile valenza pregiudizievole che un esito negativo può rivestire per la decisione finale<sup>155</sup>.

Ma prima di affrontare tale questione, che coinvolge il tema dell'autonomia tra giudizio di merito e giudizio cautelare, resta da vagliare il ruolo che assume la regola di cui all'art. 273 comma 2 c.p.p. in relazione ai modelli organizzativi.

La norma da ultimo citata – che, come noto, vieta l'applicazione di misure cautelari se risulta la presenza di una causa di giustificazione, di non punibilità, di estinzione del reato o della pena che si ritiene possa essere irrogata – non ha assunto ad un'importanza pari a quella riservata alle altre componenti della deliberazione cautelare, eppure essa gioca un ruolo non indifferente nel contesto di tale giudizio. Il motivo va probabilmente ricercato nella superfluità che sembra contraddistinguere la disposizione, in quanto espressiva di situazioni il cui vaglio risulta assorbito dal primo comma dell'art. 273 c.p.p. In altri termini, «la colpevolezza segnalata [dai gravi indizi] significa condanna probabile; ed è una probabilità pari a zero dove esistano scriminanti, cause di esclusione della pena, fatti estintivi»<sup>156</sup>. Tuttavia, proprio l'apparente inutilità della regola – che, per

---

<sup>153</sup> Sulla legittimità di disporre la perizia sui modelli, in generale e nell'udienza *ex art.* 47 d.lgs. 231/2001, vd., però, par. 3.1.

<sup>154</sup> Naturalmente, la prognosi cautelare, come ribadito più e più volte, ricomprende tutti gli altri elementi che concorrono a fondare la responsabilità dell'ente, tuttavia, da un lato, non si può negare la centralità che riveste la valutazione dei modelli, dall'altra, le ulteriori componenti dell'illecito non sembrano assumere posizioni particolari rispetto alla struttura della valutazione cautelare.

<sup>155</sup> Sempre che, considerate le numerose chance di respiscenza accordate all'ente, vi siano probabilità di giungere fino ad una sentenza di condanna.

<sup>156</sup> CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 478; analogamente CHIAVARIO, *Sub art. 273 c.p.p.*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 36 s.; MARZADURI, voce *Misure cautelari*,

l'appunto, non necessitava di previsione autonoma<sup>157</sup> - ne svela il significato forte che finisce per assumere all'interno della prognosi cautelare. Infatti, la dottrina non ha mancato di rilevare che se la norma nulla aggiunge sul piano dei temi di prova suscettibili di assumere rilevanza ai fini della prognosi di colpevolezza, essa innesta però una regola di giudizio, rispetto ai profili specifici dell'antigiuridicità e della punibilità, sganciata dalla gravità indiziaria di cui all'art. 273 comma 1 c.p.p. e da quella prevista dagli articoli 530 comma 3 e 531 c.p.p.<sup>158</sup>. In sostanza, dal momento che l'art. 273 comma 1 c.p.p. sottende una prognosi di colpevolezza e quest'ultima non potrà esser riconosciuta in giudizio in costanza di una situazione incerta sulle esimenti, se il legislatore non avesse distinto il profilo dell'antigiuridicità da quello della tipicità e colpevolezza, anche soltanto il dubbio sull'esistenza delle scriminanti avrebbe impedito al giudice di considerare gravi gli indizi a carico e, in un'ultima analisi, di applicare la misura cautelare<sup>159</sup>. Altro significato non può assumere, dunque, la previsione autonoma dell'art. 273 comma 2 c.p.p., se non quella di delineare una diversa e più gravosa regola di giudizio<sup>160</sup> in relazione al livello probatorio che deve investire le cause di giustificazione e di non punibilità. Tale conclusione scaturisce anche dalla dizione letterale della norma, la quale, nell'esigere che le situazioni esimenti debbano "risultare", sembra non accontentarsi di una semplice ipotizzabilità, ma richiedere un'oggettiva sussistenza<sup>161</sup>.

---

cit., p. 65; NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 121 s.; MURA, *Le misure cautelari personali*, in *Quad. CSM*, 1989 (28), p. 135; ADORNO, *La richiesta "coatta" di archiviazione*, in AA. VV., *Novità su impugnazioni penali*, cit., p. 38.

<sup>157</sup> Precisa CHIAVARIO, sub *art. 273 c.p.p.*, cit., p. 36 che, se nel vecchio codice, una norma regola autonoma in tal senso (cfr. art. 252 c.p.p. abr. limitata, però, alle sole scriminanti dell'adempimento del dovere e dell'esercizio della facoltà legittima) si era resa necessaria in forza delle convinzioni allora diffuse sui rapporti tra scriminanti e responsabilità penale (vd. supra, par. 3.3.1); nel codice del 1988, l'istituto avrebbe potuto considerarsi superfluo in virtù, da una parte, del rafforzamento della regola sul *fumus*, dall'altra, del contestuale chiarimento trasfuso nell'art. 530 comma 3 c.p.p.

<sup>158</sup> Così ADORNO, *La richiesta "coatta" di archiviazione*, cit., p. 38.

<sup>159</sup> Su questa conclusione la dottrina si mostra concorde: cfr. CHIAVARIO, sub *art. 273 c.p.p.*, cit., p. 36 s.; MARZADURI, voce *Misure cautelari*, cit., p. 65; NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 121 s.; ADORNO, *La richiesta "coatta" di archiviazione*, cit., p. 38.

<sup>160</sup> Regola «non particolarmente convincente» secondo MARZADURI, voce *Misure cautelari*, cit., p. 65.

<sup>161</sup> Ulteriore prova ne sia il fatto che l'art. 252 c.p.p. abr. si esprimeva in termini di semplice "apparenza" e l'*intentio* del legislatore era proiettata nella logica dell'incentivazione a riconoscere le cause ostative in sede cautelare (la circostanza è desumibile dalla *Relazione del Guardasigilli al progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, VIII, Roma, 1929, p. 50, ove si fa riserva solo per il caso in cui «siavi sospetto di simulazione»). La notazione è di CHIAVARIO, sub *art. 273 c.p.p.*, cit., p. 36 s., il quale - pur spiegando la differenza di approccio tra i due codici, in ragione del ristretto ambito operativo dell'art. 252 c.p.p. abr. nonché della tipologia di scriminanti ivi contemplate che, legate all'azione coercitiva dei pubblici ufficiali, rispondevano perfettamente allo spirito di un codice fascista (oltre all'Autore citato, smentisce la caratterizzazione apparentemente liberale della norma anche E. CIPOLLA, *Alfredo Rocco ed i nuovi codici*

La giurisprudenza, dal canto suo, rivela una particolare severità sul punto: se talvolta si è espressa nel senso che le cause ostative non devono emergere «in termini di certezza, ma di elevato o rilevante grado di probabilità»<sup>162</sup>, più spesso sembra esigere, al contrario, una vera e propria «certezza e non una mera possibilità»<sup>163</sup>.

Orbene, proiettando le considerazioni riportate sul terreno della responsabilità degli enti, emerge con immediatezza l'effetto *boomerang* che deriva dall'aver collocato i modelli organizzativi tra gli elementi impeditivi della fattispecie (quanto meno nell'ipotesi di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001). Riprendendo le conclusioni raggiunte nel precedente paragrafo, si determina la paradossale situazione per cui, ai fini del giudizio di merito, sarebbe sufficiente sollevare un dubbio sull'integrazione delle condizioni di esonero, mentre, in sede cautelare, occorrerebbe l'oggettiva emersione delle stesse. E' questo, però, un paradosso che non riguarda solo gli enti, ma, come si è cercato di evidenziare, coinvolge in generale l'intervento cautelare, rischiando di svuotare di contenuto il principio di proporzionalità. Infatti l'esigenza che ispira la regola dell'art. 273 comma 2 c.p.p. è quella di garantire tale importante principio, dando rilevanza a situazioni che, se riconosciute in dibattimento, escluderebbero l'affermazione di responsabilità o l'applicazione della pena. Tuttavia, se nel contesto della prognosi cautelare non viene data rilevanza ad un'esimente che risulta di dubbia configurabilità, quando poi quello stesso dubbio porterà al proscioglimento o all'esclusione della pena, la proporzionalità evidentemente risulta frustrata<sup>164</sup>.

Acclarato, dunque, che si tratta di un problema generale, derivante dalla collocazione della norma in discorso, dalla *littera legis*, nonché da un'interpretazione giurisprudenziale troppo rigorosa; ciò che lascia perplessi, rispetto alla responsabilità degli enti, è il fatto che la rilevanza delle diverse regole di giudizio emergenti dall'art. 273 c.p.p. venga fatta dipendere dalla

---

*penali*, in *I codici penali nel primo decennio di attuazione*, a cura di Procura generale del Re imperatore della Corte suprema di cassazione, I, Roma, 1942) e pur sottolineando che le sfumature terminologiche possono lasciare il tempo che trovano – ipotizza una chiave di lettura per cui il maggior rigore sotteso nell'art. 273 comma 2 c.p.p. potrebbe essere visto come uno strumento volto a controbilanciare l'ampiamento del raggio di operatività della regola.

<sup>162</sup> Cass., 20 agosto 2003, Steri, in *CED Cass.*, n. 227306. In ogni caso, anche questa interpretazione si pone in termini di maggior rigore rispetto a quella prevalentemente riconosciuta rispetto al concetto di "dubbio" nell'art. 530 comma 3 c.p.p. (vd. supra, nt. 111).

<sup>163</sup> Cass., 23 maggio 2001, Coppola, in *CED Cass.*, n. 219907; sostanzialmente in linea Cass., 28 maggio 1991, Calderas, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2149.

<sup>164</sup> Sebbene sia nella logica del giudizio prognostico che la situazione di dubbio possa essere poi superata in dibattimento nell'uno o nell'altro senso.

(volubile)<sup>165</sup> collocazione dogmatica assegnata ai vari elementi della fattispecie. La preoccupazione che aveva condotto ad elaborare una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 6 d.lgs. 231/2001 finisce per tradursi in un inconveniente sul piano cautelare, oltre a determinare una soluzione diversificata, quanto alla regola di giudizio applicabile, per le due tipologie di illecito ascrivibili all'ente. Si potrebbe concludere nel senso che le difficoltà affiorate nel tentativo di ricostruzione sistematica della disciplina rivelano un impiego non troppo consapevole dello strumento processuale penale da parte del legislatore del 2001.

Ma non bisogna eccedere nella *pars destruens*, la distonia emersa nel raccordo tra l'art. 6 d.lgs. 231/2001, così come interpretato nel testo, e la regola di cui all'art. 273 comma 2 c.p.p., va ridimensionata proprio alla luce dal particolare procedimento applicativo previsto dall'art. 47 d.lgs. 231/2001. Bisogna considerare che sul funzionamento della regola codicistica pesa la struttura unilaterale dell'iniziativa *ex art.* 291 c.p.p.; l'assenza di un confronto dialettico tra le parti «riduce le probabilità di rintracciare negli atti già presentati l'esistenza di un'esimente, così il rilievo attribuito in astratto all'antigiuridicità e alle condizioni di esclusione della pena è destinato a rimanere misconosciuto sul piano concreto, visti i limitati spazi a disposizione della difesa»<sup>166</sup>.

Grazie alla previsione di un contraddittorio anticipato nel sistema del decreto 231, tali preoccupazioni si annullano. Non vi sono margini perché l'eventuale disinteresse dell'accusa per i fatti a discarico si traduca nella mancata emersione degli stessi, pur concretamente sussistenti, in sede di richiesta cautelare. E ciò in misura molto più garantita rispetto a quanto assicuri l'obbligo del pubblico ministero di trasmettere anche gli atti favorevoli all'imputato<sup>167</sup>. Ebbene, se l'ente si era dotato di un modello organizzativo *ante delictum*, non dovrà fare altro che produrlo in sede di udienza *ex art.* 47 d.lgs. 231/2001; né si pongono problemi circa il *quantum* di prova necessario per soddisfare il rigore dell'art. 273 c.p.p. riguardo alle altre condizioni di cui all'art. 6 d.lgs.

---

<sup>165</sup> Così PANZAVOLTA, *Diritto e processo*, cit., p. 2245, nt. 46, con riferimento al “giustificato motivo” nel reato di ingiustificato trattenimento del clandestino.

<sup>166</sup> NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit. p. 120.

<sup>167</sup> Per il mancato rispetto del quale, si è visto nel paragrafo 1, si fatica ad individuare una sanzione concretamente applicabile.

231/2001<sup>168</sup>, posto che, come rilevato in più di un'occasione, basterà l'esistenza del modello ad escludere il pericolo di reiterazione.

Residua un problema, che ci riconduce al discorso intrapreso un momento fa: il vaglio di idoneità dei modelli. Tuttavia, come già osservato, dal momento che non si tratta di accertare la probabile esistenza di un determinato fatto (nel caso di specie l'adozione del modello), e che, a prescindere dalla sua correttezza, la prassi è nel senso di procedere con perizia, non si pone tanto un problema di fondatezza dell'accertamento, ma il punto diviene l'influenza che un simile vaglio può esercitare sul giudizio finale.

Ciò porta ad interrogarsi sulla tenuta del principio di autonomia tra cognizione di merito e cognizione cautelare nel sistema di cui al decreto 231/2001.

Costituisce un dato incontrovertito quello per cui il procedimento principale si caratterizza per la perfetta impermeabilità alle decisioni raggiunte in sede cautelare, il che risulta coesistente alla pienezza dell'accertamento da compiersi nel contraddittorio delle parti, a fronte della sommarietà che, invece, contraddistingue la cognizione cautelare. In altri termini, le decisioni cautelari nascono ontologicamente inadeguate a "pregiudicare" il merito della causa<sup>169</sup>. La considerazione è talmente scontata che il tema dell'autonomia tra i due giudizi – cautelare e di merito – viene affrontato sempre nell'ottica dell'indipendenza del primo rispetto al secondo e non viceversa.

Questo assetto, però, sembra aver trovato un punto di crisi nell'interpolazione dell'art. 405 c.p.p. operata dalla legge n. 46/2006. La riforma, nota soprattutto per le innovazioni apportate al sistema delle impugnazioni, ha infatti introdotto un caso di doverosa richiesta di archiviazione, qualora la Suprema corte si sia espressa in ordine all'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza *ex art. 273 c.p.p.* e non siano stati acquisiti, successivamente,

---

<sup>168</sup> Rispetto a tali requisiti, vi sarebbe stato in effetti un rilevante profilo di problematicità in relazione alla regola di cui all'art. 273 comma 2 c.p.p.; ma gli stessi non rilevano in sede cautelare, ove l'ente sia dotato di modello, mentre ai fini della decisione di merito, l'applicazione dell'art. 530 comma 3 c.p.p., nella prevalente lettura che ne danno dottrina e giurisprudenza (vd. par. 3.3.1), rende l'onere della prova a carico dell'imputato non così gravoso come sembrerebbe a prima vista. Ricostruito in questi termini, il sistema sembra tenere.

<sup>169</sup> Così VIGGIANO, *Cautela e merito*, Padova, 2004, p. 67 ss., al quale si rinvia anche per un approfondimento sul tema.

In giurisprudenza, punto di riferimento obbligato è la pronuncia a Sez. un. del 12 ottobre 1993, Durante, in *Cass. pen.*, 1994, p. 162, che ha stabilito la rigorosa circoscrizione nell'ambito del procedimento incidentale *de libertate* della verifica compiuta dal tribunale del riesame in ordine all'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza.

ulteriori elementi a carico dell'indagato. Ebbene, in questa novella è stata immediatamente colta «un'importante smentita normativa» della non vincolatività ulteriore, rispetto al procedimento *de libertate*, delle statuizioni cautelari<sup>170</sup>. Ovviamente la regola di nuovo conio si muove in un'ottica di *favor rei*; tuttavia, sono state acutamente preconizzate le insidie che si annidano nella nuova dimensione dei rapporti tra cautele e merito inaugurata dall'art. 405 comma 1 *bis*<sup>171</sup>; insidie che possono materializzarsi in ricostruzioni simmetriche, volte ad affermare una più generalizzata influenza – dunque anche in *malam partem* - delle decisioni cautelari sul procedimento principale<sup>172</sup>.

Il rischio adombrato potrebbe anche tradursi in un ulteriore provvedimento normativo che riconoscesse un qualche effetto pregiudicante alle decisioni del Giudice di legittimità attestanti la sussistenza dei gravi indizi<sup>173</sup>; ma, in assenza di un simile dato normativo – che si auspica non veda mai la luce – a preoccupare è la ricaduta della scelta legislativa in termini di condizionamento che il *decisum* cautelare può esercitare sulle opzioni del pubblico ministero e soprattutto sulle decisioni del giudice.

Orbene, è lecito domandarsi se il timore rappresentato possa assumere maggiore concretezza nel sistema di responsabilità a carico degli enti, in virtù delle caratteristiche che contraddistinguono l'incidente cautelare, sia quanto all'oggetto della cognizione, sia riguardo al procedimento applicativo.

Con riferimento al primo aspetto, gioca un ruolo decisivo la valutazione peritale sul contenuto dei modelli. Restano ferme le riserve espresse circa la legittimità di disporre una perizia nell'udienza ex art. 47 d.lgs. 231/2001<sup>174</sup>, tuttavia, se questa è la prassi seguita fino ad ora, occorre stabilire quale incidenza assuma il giudizio peritale sui modelli rispetto alla decisione finale. Sul piano normativo, è ovvio che un simile atto non possa rivestire alcuna validità ulteriore rispetto a quella circoscritta nell'incidente cautelare. Va considerato un normale

<sup>170</sup> Così E. VALENTINI, *Interferenze inedite*, cit., p. 4276; nello stesso senso ADORNO, *La richiesta coatta*, cit., p. 33, secondo il quale la riforma rende normativamente permeabile, agli interventi incidentali *de libertate*, l'accertamento sul merito della regiudicanda.

<sup>171</sup> E confermata dalla previsione, inserita nella bozza di legge delega per la riforma del codice di procedura penale, che prescrive il potere/dovere del pubblico ministero di esercitare l'azione penale qualora siano state disposte misure cautelari coercitive.

<sup>172</sup> E. VALENTINI, *Interferenze inedite*, cit., p. 4276; ADORNO, *La richiesta coatta*, cit., p. 33. Per un'analisi generale della novella riguardante l'art. 405 c.p.p., oltre agli Autori citati, cfr. anche CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio: l'archiviazione conseguente al rigetto della richiesta cautelare*, in AA. VV., *Inchiesta penale e pre-giudizio*, a cura di Marchetti, Torino, 2007.

<sup>173</sup> Ipotesi paventata da ADORNO, *La richiesta coatta*, cit., p. 33.

<sup>174</sup> Vd. *supra*, par. 3.1.



atto di indagine, privo dei requisiti necessari per essere inserito nel fascicolo del dibattimento e, di conseguenza, non conoscibile da parte del giudice. Ma la cognizione del suo contenuto potrebbe essere veicolata attraverso il provvedimento cautelare trasmesso ai sensi dell'art. 432 c.p.p. che, in virtù dell'espresso richiamo alla norma codicistica, presenta la stessa completezza motivazionale richiesta dall'art. 292 c.p.p. Certo il giudice dibattimentale potrebbe disporre una nuova perizia, i cui risultati potrebbero differire rispetto a quelli raggiunti dall'accertamento precedente, oppure le parti potrebbero chiedere la nomina di propri consulenti tecnici; tuttavia, ove tutto ciò non avvenisse, ci si può chiedere quale condizionamento il giudice possa trarre da una valutazione tecnica di segno negativo su un oggetto (il modello) che conserva in dibattimento le stesse identiche caratteristiche di quello già sottoposto ad una verifica, i cui risultati sono cristallizzati nella relazione peritale. Oppure il giudice potrebbe essere indotto a dissentire dalle nuove consulenze, proprio a causa del condizionamento esercitato dalla prima valutazione, entrata nella sua sfera di conoscibilità.

Quello appena prospettato è un rischio verificabile in tutti i processi ove si sia svolto un incidente cautelare, i cui esiti siano entrati nella cognizione del giudice attraverso l'art. 432 c.p.p.<sup>175</sup>; del resto, sono note le preoccupazioni sottese all'avvicinamento tra la struttura dei due giudizi: cautelare e di merito. Se da un lato irrigidire i criteri di apprezzamento dei gravi indizi di colpevolezza determina decisioni cautelari scaturite da una maggiore ponderazione, dall'altro il provvedimento applicativo di una cautela finisce per essere caricato di un peso assai gravoso sulla sorte processuale dell'imputato, rispetto al quale sarà difficile escludere l'incidenza negativa di quello che, almeno allo stato degli atti, sembrerebbe configurarsi come un anticipato di giudizio di colpevolezza<sup>176</sup>. Ebbene, se questa preoccupazione trova un correttivo nella sommarietà della cognizione cautelare, i cui risultati possono essere ribaltati dalla pienezza del materiale assunto in contraddittorio, non si può dire lo stesso nel processo a carico degli enti, dove la prova principe, ovvero la valutazione di efficacia del modello organizzativo, per le ragioni illustrate, avrà le medesime caratteristiche

---

<sup>175</sup> Si ricorda che la norma prevede la trasmissione del provvedimento soltanto qualora sia ancora in corso.

<sup>176</sup> Così GREVI, *La nuova disciplina in materia di prova*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale*, appendice di aggiornamento (al 1° giugno 2001), Padova, 2001, p. 114 s, in riferimento all'interpolazione dell'art. 273 c.p.p.

strutturali tanto se compiuta nel corso dell'udienza cautelare, quanto se ripetuta in dibattimento. L'unica cosa che può cambiare è il giudizio del perito, che, si ripete, verterà su un oggetto dall'identico contenuto. In altri termini, non è configurabile, in questo caso, quella progressione che caratterizza l'iter probatorio nel passaggio dalle indagini al dibattimento e ciò finisce inevitabilmente per far acquisire un peso maggiore agli elementi posti alla base del provvedimento cautelare (in tale ipotesi alla valutazione tecnica del modello). Residua un'ultima osservazione sul punto: potrebbe emergere in dibattimento che le modalità del fatto di reato commesso dalla persona fisica siano diverse rispetto a quanto delineato nelle indagini, allora la valutazione del modello assumerebbe tutt'altro volto, poiché sarebbe necessario verificare, alla luce di quanto emerso in giudizio, se il protocollo a suo tempo adottato fosse idoneo a prevenire il reato verificatosi secondo le modalità risultate in dibattimento.

Un altro motivo, piuttosto scontato, da cui si potrebbe desumere una maggiore influenza del giudizio cautelare sulla decisione di merito è rappresentato dalla presenza di un contraddittorio anticipato. Non v'è dubbio che un provvedimento scaturito da una procedura applicativa di tal fatta - soprattutto alla luce del varco aperto dalla giurisprudenza all'attività istruttoria nell'udienza di cui all'art. 47, che dà luogo ad un contraddittorio non meramente cartolare - presenti una maggiore pregnanza rispetto a quello derivante da una decisione fondata sull'iniziativa unilaterale del pubblico ministero. Questo dato non sembra però da enfatizzare. A parte il fatto che una medesima pregnanza può rivestire la decisione cautelare uscita indenne dal vaglio del tribunale del riesame e della corte di cassazione), si è spiegato nelle pagine precedenti come il contraddittorio anticipato si sia imposto come una decisione obbligata per gli enti; inoltre, sebbene sul terreno dei rapporti tra cautele e merito risulti estremamente complesso raggiungere un punto di equilibrio, non sembra potersi individuare un risvolto negativo nel potenziamento delle garanzie che si ottiene eliminando il carattere a sorpresa dei provvedimenti cautelari<sup>177</sup>, potenziamento di cui si auspica l'ingresso, con i necessari adeguamenti, anche nel codice di procedura penale.

Al di sopra di tutto, ciò che desta maggiore preoccupazione - in virtù delle caratteristiche dell'intervento cautelare destinato agli enti, come ricostruite nel

---

<sup>177</sup> Si vedano, tuttavia, le riserve espresse sulla funzione difensiva del contraddittorio anticipato nel sistema del d.lgs. 231/2001: par. 3.1.

corso del presente lavoro - è il rischio che le misure cautelari risultino, “nella realtà fattuale, le sole misure interdittive ad avere una reale applicazione”<sup>178</sup>. Ciò, associato all’unica esigenza cautelare prevista in questo sistema, le trasformerebbe inevitabilmente in uno strumento di anticipazione della pena. In tal modo, cioè, una volta di più, un istituto della procedura finirebbe per venire adito ad usi propri della pena<sup>179</sup>. «L’impianto così costruito, evidentemente, non può far altro che rinfocolare il dibattito sugli scopi delle misure cautelari nel processo penale. Il legislatore, anzi, sembra esser incorso nella circostanza in un vero e proprio incidente di percorso, denunciando la sua intrinseca (e mai sopita) vocazione a fare delle misure cautelari uno strumento non dichiarato di applicazione anticipata della pena (o della sanzione comunque denominata)»<sup>180</sup>. Sembrano risuonare le parole di chi, già qualche tempo addietro, denunciava come il processo penale fosse diventato «un vero e proprio arsenale, disponibile per fini di stigmatizzazione, intimidazione, prevenzione<sup>181</sup>...avulse da ogni previsione di legge sostanziale, variamente graduabili».<sup>182</sup>

---

<sup>178</sup> BALDUCCI, *Misure cautelari interdittive*, cit., p. 584.

<sup>179</sup> Così PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 135.

<sup>180</sup> LORUSSO, *La responsabilità da reato*, cit., p. 2529 ss.

<sup>181</sup> Riferimento assolutamente calzante rispetto al sistema di responsabilità degli enti; sull’inedita finalità rieducativa affidata al processo dal decreto 231/2001, vd. *supra*, cap. II, par. I.

<sup>182</sup> NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 195.

### CAPITOLO III

## VICENDE SUCCESSIVE ALL'APPLICAZIONE

SOMMARIO: 1. La sospensione delle misure cautelari e le condotte riparatorie *ex art. 17 d.lgs. 231/2001.* – 2. La revoca e la sostituzione. – 3. L'estinzione.

### **1. La sospensione delle misure cautelari e le condotte riparatorie *ex art. 17 d.lgs. 231/2001.***

Tra le vicende evolutive delle cautele<sup>1</sup>, oltre alle figure classiche - quali la sostituzione, la revoca e l'estinzione – compare un istituto del tutto inedito rispetto alla materia cautelare, ma perfettamente in linea con il sistema configurato dal legislatore del 2001: la sospensione.

Ai sensi dell'art. 49 d.lgs. 231/2001, le misure cautelari possono essere sospese se l'ente chiede di poter realizzare gli adempimenti cui la legge condiziona l'esclusione delle sanzioni interdittive, a norma dell'art. 17. Si tratta di condotte aventi natura risarcitoria, riparatoria e riorganizzativa che, ove efficacemente realizzate, conducono alla revoca della cautela applicata e successivamente sospesa; in caso contrario, invece, si farà luogo al ripristino della misura.

L'istituto si inserisce nell'ampio ventaglio di occasioni offerte all'ente per rimediare alla commissione dell'illecito e conseguire, così, benefici di diversa portata. Nel caso di specie, il profilo di premialità consiste nella revoca delle misure cautelari. Più in particolare, l'originale figura di cui all'art. 49 da un lato assume una finalità rieducativa, in quanto sottende il ravvedimento dell'ente e, dall'altro, rappresenta un mezzo di neutralizzazione

---

<sup>1</sup> Le misure cautelari applicabili agli enti, com'è ovvio, non si sottraggono all'esigenza dei «vagli ripetuti» (CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 522), connaturata allo strumento cautelare.

della fonte di rischio, poiché induce l'azienda a riorganizzarsi per non incorrere nuovamente nell'illecito<sup>2</sup>.

Il meccanismo premiale che contraddistingue l'istituto non è del tutto inedito nel nostro sistema penale, trovando un paradigma nell'art. 35 d.lgs. n. 274/2000 che, nel procedimento dinanzi al giudice di pace, collega alle condotte riparatorie realizzate dall'imputato l'estinzione del reato<sup>3</sup>. Taluno rinviene un possibile parallelismo anche con l'oblazione, che prevede un analogo effetto estintivo in conseguenza del pagamento di una somma predeterminata, nonché della rimozione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato.<sup>4</sup> Tuttavia, si è criticamente osservato come tale congegno abbia una sua ragion d'essere sul versante sanzionatorio, risultando invece incompatibile rispetto ad interventi geneticamente strumentali all'accertamento. Un simile slittamento di piani, secondo l'opinione riportata, rappresenterebbe un'ulteriore conferma di quell'impropria sovrapposizione tra cautela e sanzione che, per più versi, caratterizza il d.lgs. 231/2001<sup>5</sup>.

Venendo ai profili processuali, l'istanza di sospensione è presentata dall'ente e consiste nella richiesta di poter realizzare le condotte prescritte dall'art. 17 d.lgs. 231/2001. Il giudice, sentito il parere del pubblico ministero, se ritiene di accogliere la domanda, determina una somma di denaro a titolo di cauzione, dispone la sospensione della misura e indica un termine per la realizzazione delle condotte riparatorie.

Questione di una certa rilevanza è quella inerente al momento in cui può essere avanzata la richiesta. Il problema nasce dal fatto che, mentre è disciplinato il *dies ad quem* per il deposito della relativa istanza, fissato nella dichiarazione di apertura del dibattimento (art. 65 d.lgs. 231/2001)<sup>6</sup>, non è stabilito invece un *dies a quo*.

---

<sup>2</sup> Sottolineano la vocazione special-preventiva dell'istituto FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 500 ss.; PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio*, cit., p. 1363.

<sup>3</sup> Per un approfondimento in materia si rinvia a BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in AA. VV., *Il giudice di pace nella giurisprudenza penale*, a cura di Giostra e Illuminati, Torino, 2001, p. 377 ss.

<sup>4</sup> BALDUCCI, *Misure cautelari interdittive*, cit., p. 583, nt. 34.

<sup>5</sup> PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 260; in linea C. FRANZONI, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, cit., p. 168 s.. Sulla sovrapposizione cautele-sanzioni, si rimanda al cap. I, par. 2. Di contrario avviso CERESA-GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, cit., p. 144, che ritiene l'istituto coerente con il paradigma della diretta relazione intercorrente tra cautela e sanzione, in virtù della quale la prima deve essere revocata non solo quando vengono a mancare le condizioni di applicabilità ex art. 45, ma anche nel caso in cui l'ente ponga in essere la condotta attiva descritta dall'art. 17.

<sup>6</sup> Vedi, tuttavia, nt. 28.

Ebbene, a rigor di logica, un provvedimento di sospensione presuppone che sia già intervenuta l'ordinanza applicativa della misura cautelare, altrimenti, superfluo sottolinearlo, non vi sarebbe alcunché da sospendere. Dunque, dovrebbe essere inammissibile l'istanza presentata quando il giudice ancora non abbia provveduto sulla richiesta cautelare del pubblico ministero; l'istituto *ex art. 49*, cioè, non potrebbe considerarsi come sospensivo della delibazione del giudice sulla richiesta cautelare<sup>7</sup>.

Tuttavia, sarebbe privo di ogni ragionevolezza imporre all'ente che intenda mettere in pratica le condotte riparatorie l'applicazione della misura cautelare, perché poi ne possa chiedere ed ottenere la sospensione<sup>8</sup>. Pertanto, in assenza di un'esplicita preclusione normativa, non sembrano esserci difficoltà ad ammettere che l'istanza di sospensione possa essere presentata, nella prospettiva di un accoglimento della domanda cautelare, ancor prima che il giudice si sia pronunciato in merito<sup>9</sup>. Ciò significa che per la presentazione della suddetta istanza si sfrutterebbe ancora una volta l'udienza di cui all'art. 47, ad ulteriore riprova della sua versatilità e del ruolo centrale che ricopre nell'ambito della vicenda cautelare. In una simile ipotesi, il giudice, accolta la richiesta cautelare, dovrebbe contestualmente pronunciarsi, con un'unica ordinanza<sup>10</sup>, sulla sospensione, concedendo la quale eviterebbe all'ente di subire l'esecuzione della misura<sup>11</sup>. Tale approdo, senza dubbio coerente con l'impianto generale, costellato di «vie di fuga»<sup>12</sup> dalla sanzione a

<sup>7</sup> Così Trib. Milano, 28 ottobre 2004, S., cit.

<sup>8</sup> EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, cit., p. 449.

<sup>9</sup> EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, cit., p. 449; BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, cit., p. 144; FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 504.

<sup>10</sup> Secondo VARRASO, Sub. art. 49 d.lgs. 231/2001, cit., p. 394, ciò acquista un particolare significato alla luce dell'effetto devolutivo dell'appello di cui all'art. 310 c.p.p., in quanto il difensore dell'ente dovrebbe impugnare entrambi i "capi" dell'ordinanza, consentendo al giudice di intervenire ad integrare un'eventuale motivazione del tutto carente; cfr., al riguardo, Trib. Milano, 28 ottobre 2004, S., in *Corr. mer.*, 2005, p. 327.

*Contra* EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, cit., p. 449 ss., secondo il quale, una volta ammessa la presentazione dell'istanza di sospensione nell'udienza camerale *ex art. 47*, non può però farsi confusione e negare l'autonomia dei due provvedimenti: l'ordinanza di applicazione e quella di sospensione della misura cautelare. L'A. trae da questo approccio conseguenze rilevanti sul piano delle impugnazioni, ove le doglianze in merito all'ordinanza sospensiva non potranno avere riflessi sulla legittimità genetica del provvedimento applicativo della misura, salva ovviamente la possibilità di impugnare anche contestualmente l'ordinanza di sospensione per ottenere una riforma della medesima in senso più favorevole (ad esempio in punto di determinazione della cauzione) e non del provvedimento cautelare applicativo.

<sup>11</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 504.

<sup>12</sup> PIERGALLINI, *Apparato sanzionatorio*, cit., p. 217, nt. 99.

fronte di indici di ravvedimento della *societas*, trova conferma anche nella prassi applicativa<sup>13</sup>.

Fatta salva questa possibilità, qualora, invece, la richiesta venisse presentata fuori udienza, il giudice dovrebbe instaurare un procedimento incidentale al fine di verificare, sentito il pubblico ministero, se sussistano le condizioni per concedere la sospensione<sup>14</sup>.

A tal proposito, risulta imprescindibile stabilire quale debba essere nel concreto il contenuto della richiesta e sulla base di quali parametri il giudice sia chiamato a valutarne l'ammissibilità. In assenza di indicazioni normative, si ritiene che l'ente, nel suo stesso interesse, non dovrà limitarsi a presentare una semplice richiesta di sospensione, ma dovrà indicare dettagliatamente gli obiettivi che si propone, le condotte che intende porre in essere e le modalità di realizzazione, eventualmente allegando la documentazione relativa ai costi degli interventi e alla situazione economica della società. La fondatezza della richiesta, peraltro, costituisce un efficace antidoto contro il rischio di domande meramente dilatorie<sup>15</sup>.

Conseguentemente, il giudice dovrà valutare la conformità del piano prospettato dall'ente rispetto agli obiettivi posti dall'art. 17, nonché le concrete possibilità di realizzazione delle condotte, anche in virtù della situazione economica dell'ente. Si tratta di un giudizio per sua natura prognostico, a differenza di quello che il giudice sarà chiamato ad effettuare in sede di verifica dei risultati raggiunti, alla scadenza del termine stabilito<sup>16</sup>.

Quest'ultima valutazione si traduce, infatti, in un riscontro di conformità delle condotte realizzate dalla società rispetto ai dettami dell'art. 17 d.lgs. 231/2001.<sup>17</sup> Bisogna, quindi, riempire di contenuto le generiche prescrizioni imposte da tale norma.

La prima attività richiesta all'ente consiste nel «risarcimento integrale del danno e riparazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato» (art. 17 lett. a). Va innanzitutto specificato che la norma riconosce l'effetto di esonero dalla sanzione interdittiva anche qualora l'ente sia efficacemente

---

<sup>13</sup> Trib. Milano, 20 settembre 2004, I. Holding, cit.; Trib. Milano, 28 aprile 2004.

<sup>14</sup> In questo senso PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 137; L. MORELLI, *Il sistema cautelare: vicende evolutive*, cit., p. 174; DI GERONIMO, p. 258.

<sup>15</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 502.

<sup>16</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 502.

<sup>17</sup> PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 138; FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 502.

adoperato in tal senso. Questa condizione di favore viene comunemente ricollegata a quelle situazioni in cui l'ente si sia attivato per il risarcimento e per la riparazione delle conseguenze dannose, ma non vi sia riuscito per ragioni indipendenti dalla sua volontà, quali ad esempio una congiuntura economica negativa oppure l'impossibilità oggettiva di calcolare, prima dell'apertura del dibattimento<sup>18</sup>, l'effettivo danno integrale. In ogni caso, all'ente non può essere richiesto uno sforzo superiore rispetto alle sue capacità economiche, quindi, ove si trovasse in una condizione economica precaria, l'adempimento non sarebbe ragionevolmente esigibile in concreto<sup>19</sup>. Fatta questa precisazione, bisogna riconoscere che la norma è piuttosto generica rispetto ad ambedue le condizioni richieste. Per quanto concerne il risarcimento integrale del danno, non si dice nulla circa la quantificazione e le modalità risarcitorie, cosicché l'iniziativa sembra lasciata alla buona volontà dell'ente<sup>20</sup>. Riguardo poi alla riparazione delle conseguenze dannose e pericolose del reato, è stato osservato come l'inappropriata scelta del legislatore di riferire la condotta riparatoria alle conseguenze "del reato"

---

<sup>18</sup> Le condotte descritte dall'art. 17 hanno efficacia ai fini dell'esonero dalla sanzione interdittiva solo se realizzate prima di quel momento.

<sup>19</sup> Così BRICCHETTI, *Commissariamento, sequestro preventivo e costituzione di parte civile*, in *Dir. pratica delle soc.*, 2005, p. 78.

<sup>20</sup> S. GIAVAZZI, *Sub art. 17 d.lgs. 231/2001*, in *Responsabilità "penale"*, cit., p. 161.

In giurisprudenza si è ritenuto integralmente risarcito il danno arrecato alla pubblica amministrazione nel caso di una società che aveva semplicemente messo a disposizione il libretto di deposito a risparmio recante somma ampiamente capiente del ristoro dei danni morali cagionati (Trib. Pordenone, 11 novembre 2002, cit.); in un'altra occasione è stata giudicata insoddisfacente, sempre sotto il profilo dell'integralità del risarcimento, la transazione conclusa con un ente pubblico, diretto destinatario dell'attività illecita, poiché la somma versata lasciava irrisolto il problema del danno cagionato al mercato e agli altri aspiranti fornitori del bene oggetto del contratto (g.i.p. Trib. Milano, 27 aprile 2004, cit.).

La disposizione in oggetto assume una certa rilevanza in ordine ad una delle questioni più controverse di questi primi anni di applicazione del d.lgs. 231/2001: la possibilità di costituirsi parte civile contro l'ente. In assenza di una specifica disposizione in tal senso e alla luce della generale clausola di rinvio alla disciplina codicistica in quanto compatibile, le pronunce della giurisprudenza sul punto si sono diversificate. I provvedimenti che ammettono la costituzione fanno leva, tra gli altri argomenti, proprio sull'art. 17 che parla esplicitamente di "risarcimento del danno", laddove le decisioni che la escludono, tra l'altro, sostengono che la possibilità risarcitoria concessa all'ente è argomento neutro quanto all'eventualità che l'ente sia chiamato a rispondere civilmente per il risarcimento del danno del colpevole (nel primo senso Trib. Roma (Uff. G.I.P. Dott. Colella) ud. 21-04-2005; Trib. Torino (Uff. G.I.P. Dott.ssa Salvadori) ud. 12-01-2006; Trib. Roma, VIII sez., ud. 04-10-2007; Trib. Milano (Uff. G.I.P. Dott.ssa Verga) ud. 24-01-2008. Nel secondo: Trib. Milano, 25 gennaio 2005, in *Foro amm.*; Trib. Milano (G.I.P. Dott.ssa Forleo) ud. 09-03-2004; Trib. Torino (G.I.P. Dott. Perelli) ud. 27-11-20004; Trib. Milano (G.I.P. Dott. Tacconi) ud. 25-01-2005; Trib. Milano, 03-03-2005; Trib. Milano, I sez., (pres. Ponti), 19-12-2005; Trib. Milano, X sez., (pres. Gandus), 20-03-2007.

Sul problema della costituzione di parte civile contro l'ente, in generale, cfr. GROSSO, *Commento a G.i.p. Trib. Milano, 9.3.2004*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 1335; TESORIERO, *Sull'ammissibilità della costituzione di parte civile contro gli enti nel processo a loro carico*, in corso di pubblicazione su *Cass. pen.*



commesso dalla persona fisica, anziché, come sarebbe stato preferibile, all'illecito dell'ente e l'uso della formula "conseguenza dannosa" determinano problemi di sovrapposizione con la condotta di risarcimento del danno<sup>21</sup>. D'altro canto, poiché l'utilizzo della congiunzione "e" ed il riferimento anche alle conseguenze di natura pericolosa, impongono di assegnare alle due condotte un significato autonomo, si potrebbe ritenere che l'attività riparatoria debba tendere a rimediare alla situazione di illecito determinatasi nella struttura dell'ente o nei rapporti tra l'ente e il mercato in seguito alla commissione del reato. In sostanza, più che alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, l'ambito di operatività di tale condotta andrebbe riportato all'eliminazione delle fonti di pericolo o di danno, in un'ottica marcatamente specialpreventiva<sup>22</sup>. Ferma restando l'esigenza di attribuire alle due condotte indicate dalla lettera *a* dell'art. 17 un autonomo significato – come imposto anche dai criteri generali di interpretazione della legge – quest'ultima lettura rischia però di innescare un'ulteriore sovrapposizione, questa volta rispetto all'art. 17 lett. *b*; a meno di ritenere che, ai sensi della lett. *a* seconda parte si miri a rimediare alle conseguenze di rischi già verificatisi, mentre, in forza della successiva lett. *b*, si debba evitare, con idonee misure organizzative, il verificarsi di rischi futuri. In effetti, questa sembra essere l'interpretazione più confacente alla *littera legis*.

Non v'è molto da dire rispetto a quella parte della norma che impone all'ente di mettere a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca (art. 17 lett. *c*) se non che, anche in tal caso, il dettato normativo sconta una certa genericità, soprattutto porchè in fase predibattimentale e nell'incidente cautelare, il mancato accertamento del fatto rende molto difficile un'attendibile quantificazione del profitto<sup>23</sup>.

Infine, riguardo all'eliminazione delle carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione ed attuazione di modelli organizzativi idonei prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi (art. 17 lett. *b*), si è già evidenziato come tale condotta rappresenti il fulcro del congegno premiale ideato dal legislatore, in mancanza del quale le altre

---

<sup>21</sup> S. GIAVAZZI, Sub *art. 17 d.lgs. 231/2001*, cit., p.159.

<sup>22</sup> S. GIAVAZZI, Sub *art. 17 d.lgs. 231/2001*, cit., p.159.

<sup>23</sup> S. GIAVAZZI, Sub *art. 17 d.lgs. 231/2001*, cit., p.166.

condotte riparatorio-risarcitorie non sortirebbero alcun effetto<sup>24</sup>. Resta da considerare l'ipotesi inversa, ovvero quella in cui l'ente, alla scadenza del termine fissato dal legislatore ai sensi dell'art. 49 d.lgs. 231/2001, risulti essersi dotato di un modello valido, senza aver adempiuto agli ulteriori obblighi richiesti. Si configura, anche in tal caso, un adempimento parziale dell'art. 17, che esige la concorrente realizzazione di tutte le condizioni ivi contemplate; tuttavia, in costanza di un modello giudicato idoneo, appare difficile non disporre ugualmente la revoca della misura, posto che verrebbe a mancare l'esigenza cautelare<sup>25</sup>. La soluzione è certamente corretta, non si può mantenere in vita una misura cautelare, né tanto meno ripristinarla come nel caso di specie, ove non sussista più l'esigenza che la giustifica, tuttavia non si può negare che il suo effetto ultimo è quello di svuotare di contenuto il meccanismo risultante dal combinato disposto degli articoli 17 e 49 d.lgs. 231/2001. In sostanza, la normativa fissa determinate condizioni la concorsuale realizzazione delle quali determina il prodursi di un determinato beneficio, ma, al contempo, legittima il conseguimento di quel beneficio anche in caso di esecuzione parziale delle condotte prescritte (ove quest'ultima sia consistita nell'adozione dei modelli). A questo punto è lecito chiedersi quale ente andrà a risarcire il danno nella consapevolezza che, per ottenere la revoca della cautela, gli basterà dotarsi di un modello organizzativo valido. Si viene creare un *impasse* senza via d'uscita; evidentemente il legislatore non si è reso conto dei problemi di coordinamento che avrebbe generato il trapianto sul terreno cautelare di un istituto avente il suo *habitat* naturale nel sistema sanzionatorio.

Fissate le coordinate che devono guidarne la discrezionalità, alla scadenza del termine stabilito *ex art.* 49, il giudice dovrà decidere per la revoca della misura cautelare, ove ravvisi un'efficace realizzazione delle condotte sopra descritte, oppure, in caso contrario, per il ripristino della cautela precedentemente sospesa.

Più precisamente il ripristino della misura, con conseguente devoluzione alla Cassa delle ammende della cauzione depositata al momento della sospensione, è ricollegata dalla legge a tre distinte situazioni: la mancata, l'incompleta o l'inefficace esecuzione delle attività nel termine stabilito. Il

---

<sup>24</sup> Vd. cap. II, par. 3.2.

<sup>25</sup> In questo senso FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 506.

primo caso si sostanzia in un atteggiamento omissivo di facile accertamento<sup>26</sup>, laddove, rispetto alle altre due ipotesi, la valutazione giudiziaria acquista ampi margini di discrezionalità. Il giudice dovrà considerare il grado di incompletezza e di inefficacia, sulla base di vari parametri quali l'adeguatezza del termine fissato, l'impegno profuso da parte dell'ente e le eventuali difficoltà incontrate nella realizzazione del programma, disponendo il ripristino solo nei casi di grave inadempienza e non là dove si possa intravedere una prospettiva di completamento del piano risanatorio nel breve periodo. Nulla vieta, infatti, che il giudice possa prorogare il termine inizialmente concesso rivelatosi troppo stringente di per se stesso oppure perché le condotte riparatorie sono risultate particolarmente complesse<sup>27</sup>.

Altra ipotesi da considerare è quella della tardiva attuazione delle condotte riparatorie. In base al combinato disposto di cui agli articoli 49 comma 4 e 51 comma 1 d.lgs. 231/2001, si ritiene che anche in tal caso il giudice possa disporre la revoca. Esattamente, se la misura non è ancora stata ripristinata, il giudice può procedere in tal senso, poiché alla scadenza del termine fissato *ex art. 49* non è ricollegata alcuna decadenza<sup>28</sup>; mentre, se è già intervenuto il ripristino, nulla sembra impedire all'ente di presentare una nuova richiesta di revoca<sup>29</sup>. In questi casi, però, non è chiara la sorte della cauzione depositata a fini di garanzia<sup>30</sup>.

In conclusione, bisogna esaminare due aspetti particolarmente rilevanti sotto il profilo processuale.

---

<sup>26</sup> E rispetto al quale la perdita della cauzione o delle altre forme di garanzia (ipoteca o fideiussione solidale) appare del tutto adeguata (così FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 505).

<sup>27</sup> Così FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 506.

<sup>28</sup> Secondo EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, cit., p. 448, scaduto il termine fissato dal giudice ai sensi dell'art. 49, non è nemmeno ravvisabile un termine ultimo per l'adempimento delle condotte riparatorie ai fini della revoca in quello stabilito dall'art. 17, ovvero la dichiarazione di apertura del dibattimento. Le condotte riparatorie, cioè, assumerebbero una diversa rilevanza a seconda del momento procedimentale in cui vengono effettuate: se realizzate prima dell'apertura del dibattimento escludono l'applicazione della sanzione interdittiva (oltre che determinare la revoca delle misure cautelari), se realizzate successivamente consentono solo la revoca delle misure cautelari e la conversione della sanzione interdittiva in sanzione pecuniaria in base al disposto dell'art. 78 d.lgs. 231/2001.

<sup>29</sup> BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 284; FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 506.

<sup>30</sup> Così BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, cit., p. 284; secondo FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 506, sarebbe eccessivo, nel silenzio della norma, sostenere che anche l'incompletezza o l'inefficacia delle attività svolte nel termine comportino la devoluzione della cauzione alla Cassa delle ammende; obietta VARRASO, *Sub art. 49*, cit., p. 396, che in tal modo si finisce per demandare all'organo giurisdizionale un'ampia valutazione discrezionale che non si arresta al mancato rispetto del dato temporale; su quest'ultimo punto vd. anche le approfondite considerazioni di EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, cit., p. 447 s.

Qualora il giudice esprima una valutazione negativa in ordine all'attività riparatoria dell'ente, sorge il dubbio se possa disporre *ex se* il ripristino della misura cautelare, oppure se occorra una nuova richiesta del pubblico ministero. Tra i pochi che si sono posti il problema, alcuni propendono per la prima soluzione, ritenendo si configuri una mera reviviscenza della misura precedentemente adottata, ancorché sospesa<sup>31</sup>. Altri sostengono, invece, che il giudice dovrebbe procedere al ripristino solo su richiesta dell'accusa, pena la violazione del principio della domanda cautelare<sup>32</sup>.

Per cercare di risolvere il dubbio, si può tentare una breve ricognizione di quegli istituti codicistici rispetto ai quali è stato sollevato il medesimo problema.

Nell'ipotesi di cui all'art. 276 c.p.p., ad esempio, si è sostenuto che la misura cautelare sostituita o aggiunta a quella già applicata, per effetto della trasgressione alle prescrizioni concernenti quest'ultima, non sarebbe disposta *ex novo*, ma andrebbe ad innestarsi su una misura già applicata in precedenza, così da legittimare un provvedimento officioso del giudice<sup>33</sup>. Sebbene supportato dalla prevalente giurisprudenza<sup>34</sup>, a tale orientamento è preferibile l'opinione di chi - non ravvisando alcuna differenza tra l'ipotesi considerata e quella generale di cui all'art. 299 comma 4 c.p.p. - subordina il provvedimento di sostituzione o cumulo alla richiesta del pubblico ministero, sarebbe in tal modo salvaguardata la terzietà del giudice rispetto alla individuazione e prospettazione dei parametri di riferimento per valutare la trasgressione<sup>35</sup>.

Maggiormente attigue alla fattispecie oggetto della nostra attenzione sono le ipotesi descritte negli articoli 310 comma 5 e 307 comma 2 c.p.p. La

<sup>31</sup> PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 261; FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 504.

<sup>32</sup> BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, cit., p. 283.

<sup>33</sup> CORINI, *Le modifiche dello status libertatis ex art. 276 del codice di procedura penale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1990, p. 264.

<sup>34</sup> I giudici di legittimità fondano tale orientamento sul presupposto che la procedura ex art. 276 c.p.p., avente carattere sanzionatorio, prescinde dalla situazione descritta nell'art. 299 comma 4 c.p.p., che attiene al caso di misure più gravi, applicate dal giudice su richiesta del p.m. ricorrendo un aggravamento delle esigenze cautelari, e dunque può essere attivata anche d'ufficio (cfr. Cass., 6 settembre 1996, Amuzu, n. 206881; Cass., 19 ottobre 1992, Lambertucci, in *Giur. it.*, 1994, II, p. 85; Cass., 18 gennaio 2000, Finotto, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2366; Cass., 18 dicembre 2002, Messina, in *C.E.D. Cass.*, 223687).

<sup>35</sup> GREVI, *Misure cautelari*, cit., p. 379; CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 523; TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 316; CANZIO, *I poteri di cognizione e di decisione del giudice "preliminare"*, in *tema di libertà personale: una rilettura del quadro normativo*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 572; APRILE, *Brevi note su alcune questioni interpretative in tema di interrogatorio della persona sottoposta a misura cautelare personale*, in *Nuovo dir.*, 1996, p. 467. In giurisprudenza: Cass., 14 febbraio 1992, Scuderi, in *Giur. it.*, 1992, II, p. 694.

prima riguarda la possibilità di ripristinare una misura cautelare, già estintasi per effetto di sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, nei casi di successiva condanna in appello per il medesimo fatto, sempre che sussistano le esigenze cautelari di cui all'art. 274 comma 1 lett. *b* o *c* c.p.p. La seconda concerne il ripristino della misura decaduta per decorrenza dei termini, ove ricorrano le specifiche condizioni contemplate dalla norma. I due provvedimenti sono stati oggetto d'attenzione soprattutto sotto il profilo del mezzo di impugnazione (riesame o appello) loro riservato, mentre non sembrano esserci dubbi circa la necessità di subordinarne l'emissione alla richiesta del pubblico ministero, secondo la regola generale. Del resto, l'unica eccezione al principio della domanda cautelare desumibile dal codice è quella inserita di recente nell'art. 275 al comma 2 *ter*<sup>36</sup>, il quale legittima l'applicazione automatica delle cautele personali in seguito ad una condanna in appello, sempre che ricorrano le esigenze cautelari e si tratti dei reati per i quali è previsto l'arresto in flagranza<sup>37</sup>. Mentre il disposto di cui all'art. 299 comma 3 c.p.p., che analogamente prevede un'iniziativa officiosa del giudice, riguarda provvedimenti - la revoca e la sostituzione - che intervengono su misure già applicate. Qui risiede il punto: la regola per cui il giudice provvede sempre su richiesta del pubblico ministero suggella il momento applicativo delle misure cautelari, laddove gli argomenti addotti dalla giurisprudenza per escludere la riesaminabilità delle ordinanze emesse in base agli artt. 310 comma 5 e 307 c.p.p. disconoscono in capo a queste ultime la natura di titolo genetico della misura. Da simili argomentazioni, soprattutto nell'interpretazione critica fornite dalla dottrina, è possibile desumere elementi utili ai nostri fini.

In via di estrema semplificazione e muovendo da due pronunce paradigmatiche, la Suprema corte inquadra le ordinanze menzionate non tra gli atti originari della misura cautelare, bensì come provvedimenti che

---

<sup>36</sup> La novella è dovuta alla l. 26 marzo 2001 n. 128, c.d. "pacchetto sicurezza".

<sup>37</sup> La dizione delle norma non è inequivocabile, il riconoscimento di un'iniziativa officiosa del giudice viene desunta sostanzialmente dalla locuzione "sono sempre disposte", in tal senso BARGIS, *Disposizioni per l'efficacia e l'efficienza dell'amministrazione della giustizia e in materia di sicurezza dei cittadini*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale. Appendice di aggiornamento*, cit., p. 33; RIVIEZZO, *Pacchetto sicurezza*, Milano, 2001, p. 119 s. Sull'interpolazione, con accenti critici, MARZADURI, *Legge 26.03.2001 n. 128 (tutela della sicurezza) - art. 14*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 461 s.; ALONZI, *L'adozione di misure cautelari all'esito di un provvedimento di condanna: una discutibile novella*, in AA. VV., *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini*, a cura di Spangher, Milano, 2001, p. 245 ss; BONINI, *Le riforme alla materia cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 960 s.

determinano una reviviscenza di misure già esistenti nella realtà ma caducate, la prima per effetto di una sentenza proscioglitrice, la seconda per decorrenza dei termini<sup>38</sup>. In altre parole, si tratterebbe di un ripristino della prima misura, temporaneamente sospesa nella sua efficacia<sup>39</sup>. Per superare tale assunto la dottrina valorizza, con riferimento all'art. 300 comma 5 c.p.p., la cesura che si determina tra la misura precedente – estinta - e quella successivamente disposta la quale, di conseguenza, non può che essere una nuova misura, venuta in essere per mezzo di un'ordinanza applicativa e non meramente ripristinatoria<sup>40</sup>. Mentre, rispetto al provvedimento emesso ai sensi dell'art. 307 comma 2 c.p.p.<sup>41</sup>, che la stessa legge norma definisce di “ripristino”, si osserva che “ripristinare” una misura può benissimo significare “disporre una nuova misura”<sup>42</sup>. Inoltre, al di là del dato formale, non sembrano persuasive nemmeno le argomentazioni della Cassazione circa il più limitato oggetto del controllo che il giudice chiamato a reintrodurre la misura deve compiere nei casi citati. Nella prima ipotesi, pur volendo ritenere il giudizio sulla gravità indiziaria assorbito dalla sentenza di condanna in secondo grado, il giudice deve comunque vagliare la sussistenza delle esigenze cautelari *ex art.* 274 comma 1 lett. *b* e *c*. Nella seconda circostanza (in particolare nell'ipotesi di cui al comma 2 lett *a* dell'art. 307 c.p.p.), oltre a tale controllo, si impone una valutazione relativa al tipo e alle modalità della trasgressione posta in essere dall'imputato.

Come già evidenziato, le argomentazioni riportate sono finalizzate a sostenere la sottoponibilità a riesame di quei peculiari provvedimenti

---

<sup>38</sup> Rispettivamente Cass., 12 febbraio 2002, Leuzzo, in *Cass. pen.*, 2003, p. 558; Cass., 12 aprile 1996 n. 1585, va precisato che la fattispecie di cui all'art. 307 comma 2 c.p.p. presenta una struttura complessa: al primo comma prevede la possibilità di disporre misure cautelari diverse dalla custodia di cui ricorrano i presupposti nei confronti dell'imputato scarcerato per decorrenza dei termini; al secondo, invece, prescrive il ripristino della custodia in due distinte situazioni: se l'imputato ha dolosamente trasgredito alle prescrizioni inerenti ad una delle misure disposte ai sensi del comma 1 (sempre che ricorrano le esigenze cautelari) e in caso di sentenza di condanna di primo o di secondo grado (ove ricorra il pericolo di fuga).

<sup>39</sup> Cass., 12 febbraio 2002, Leuzzo, cit.

<sup>40</sup> MARANDOLA, *Riesame o appello per l'ordinanza «disposta» a norma dell'art. 300 comma 5 c.p.p.?* nota a Cass., 12 febbraio 2002, Leuzzo, in *Cass. pen.*, 2003, p. 560.

<sup>41</sup> Nell'ipotesi di cui al primo comma la dottrina è concorde nel ritenere necessaria la richiesta del pubblico ministero: cfr. ILLUMINATI, *Sub art. 307 c.p.p.*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, cit., p. 247; CERESA-GASTALDO, *Sostituzione e ripristino della custodia cautelare*, cit., p. 39 ss, il quale, tuttavia, ritiene che il *petitum* cautelare del p.m. si riduca in tal caso a “mero adempimento formale”; MONACO, *Il pubblico ministero attore necessario del procedimento cautelare*, in *Giur. it.*, 1996, II, p. 7 ss.

<sup>42</sup> SPANGHER, *Appello o riesame per la misura ripristinata?*, nota a Cass., 12 aprile 1996 n. 1585, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1447.

cautelari, ferma restando la necessità che gli stessi siano preceduti dalla richiesta del pubblico ministero<sup>43</sup>. Tuttavia, proprio tali riflessioni divengono determinanti, a parere di chi scrive, per escludere la doverosità della richiesta nel caso previsto dall'art. 49 d.lgs. 231/2001.

In questa inedita fattispecie, la misura cautelare applicata non viene sostituita o affiancata da un'altra più grave come nell'ipotesi di cui all'art. 276 c.p.p., e nemmeno si estingue per poi essere nuovamente disposta nella stessa tipologia. Qui abbiamo una misura che viene temporaneamente sospesa per poi riprendere efficacia al verificarsi di determinate condizioni. Si può parlare quindi di un ripristino in senso stretto, di una reviviscenza della stessa misura già applicata e ancora in essere, sebbene sospesa. Chiarito l'aspetto di carattere formale, anche da un punto di vista sostanziale, non sembrano trapiantabili in questa sede le ragioni di garanzia che fondano il principio della domanda cautelare, né quelle inerenti alla fisiologica povertà di elementi che sono nella disponibilità nel giudice<sup>44</sup> della cautela e che solo il pubblico ministero potrebbe colmare. Infatti, la sospensione *ex art. 49 d.lgs. 231/2001* rappresenta un beneficio che rientra nella disponibilità dell'ente e la valutazione che il giudice deve effettuare circa l'effettiva realizzazione delle condotte riparatorie e il rapporto tra queste ultime ed il permanere dell'esigenza cautelare va effettuata sulla base di un programma che l'ente stesso ha presentato, a fronte di un quadro generale, la cui unica variabile è data dagli esiti della vicenda sospensiva. Non è necessaria una nuova richiesta e nuove adduzioni da parte dell'accusa, poiché l'ente è consapevole che l'effetto automatico conseguente al mancato adempimento di condotte che egli stesso ha chiesto di poter realizzare, sarà il ripristino della misura cautelare che ancora grava a suo carico.

Infine, anche in questo caso, ci si è interrogati sulle ripercussioni della valutazione espressa in sede cautelare sul giudizio di merito. Nonostante non si realizzi alcun giudicato sul perfezionamento delle condizioni *ex art. 17* – nel senso che la valutazione espressa dal giudice cautelare ai sensi dell'art. 49 lascia impregiudicata ogni decisione del giudice di merito in ordine all'applicabilità delle sanzioni interdittive – quella valutazione, di fatto,

---

<sup>43</sup> Bisogna evidenziare che, in effetti, nessuno sembra essersi posto questo specifico problema, probabilmente perché la soluzione accolta nel testo si può considerare conseguenza diretta dei principi generali vigenti in materia cautelare.

<sup>44</sup> Così MARZADURI, *L. 26/03/2001 n. 128*, cit., p. 462.

anticipa un giudizio che ordinariamente spetterebbe al giudice della cognizione<sup>45</sup>. L'eventuale divergenza delle valutazioni, peraltro, può divenire problematica nella misura in cui l'ente, che ha realizzato le condotte riparatorie, ottenga poi un proscioglimento per insussistenza dell'illecito. Il sistema infatti non contempla un istituto analogo a quello della riparazione per ingiusta detenzione disciplinato dall'art. 314 c.p.p.<sup>46</sup>. E' vero che neanche il codice di rito prevede tale rimedio per le misure cautelari interdittive<sup>47</sup>, tuttavia, nell'uno come nell'altro caso, si può avanzare più di un dubbio circa l'opportunità di una simile scelta<sup>48</sup>.

## 2. La revoca e la sostituzione.

L'art. 50 d.lgs. 231/2001, secondo un'impostazione analoga a quella del codice, riunisce in un unico contesto normativo le ipotesi di revoca e sostituzione delle misure cautelari<sup>49</sup>.

La revoca consegue a due situazioni distinte. In primo luogo, può essere disposta qualora risultino mancanti le condizioni di applicabilità della misura, ovvero i gravi indizi di responsabilità o il pericolo di reiterazione. Tale circostanza può costituire il risultato di una valutazione *ex ante*, nel senso che il giudice ritenga insussistenti *ab origine* i presupposti legittimanti il provvedimento cautelare; oppure *ex post*, nel caso in cui questi ultimi, ancorché sussistenti al momento della disposizione della cautela, siano successivamente

<sup>45</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 503; PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 138.

<sup>46</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 503.

<sup>47</sup> Osservazione di FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 503. La non assoggettabilità a riparazione della ingiusta interdizione cautelare è dato incontrovertibile; a parte il silenzio della legge ordinaria, peraltro, non si rinvengono indici a supporto nel dettato costituzionale (che in realtà non offre appigli certi nemmeno in relazione alla ingiusta detenzione cautelare) né nelle omologhe disposizioni contenute nella Cedu (art. 5 § 5) e nel patto internazionale per i diritti civili e politici (art. 9 § 5), così PERONI, *Cautele penali interdittive e diritti fondamentali della persona*, cit., p. 517.

<sup>48</sup> Per le riserve espresse in ordine a tale esclusione cfr. COPPETTA, *La riparazione per ingiusta detenzione*, Padova, 1993, p. 165, l'Autrice ricorda come nel corso dei lavori parlamentari per la riforma del codice del 1930, si era talvolta affacciata la proposta di disciplinare la riparazione anche nel caso di ingiusta applicazione di pene accessorie (vd. p.d.l. n. 804 del 1983, Camera dei deputati, IX Legisl., in *Ind. pen.* 1984, p. 108 ss.; e il d.d.l. n. 1234 del 1988, Atti del Senato della Repubblica, X Legisl., in *Doc. giust.* 1988, nn. 7-8, p. 110 ss.); PERONI, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, cit., p. 103 s.; ZANETTI, *La riparazione dell'ingiusta custodia cautelare*, Padova, 2002, p. 178.

<sup>49</sup> Sull'importanza sistematica della *reductio ad unum*, operata dall'art. 299 c.p.p., di una serie di istituti che nel codice previgente trovavano una collocazione dispersiva, cfr. GREVI, *Misure cautelari*, cit., p. 410.



venuti meno. Questa interpretazione, oltre che consentanea alla logica della revoca, è esplicitamente desumibile dal disposto normativo, ove si specifica che la mancanza delle condizioni applicative possa derivare anche da fatti sopravvenuti. In tal senso, assumono rilievo una eventuale evoluzione del quadro probatorio in senso favorevole all'indagato oppure un miglioramento dello stato organizzativo aziendale, suscettibile di escludere la permanenza del *periculum*.

Quest'ultimo fattore risulta in parte assorbito dalla seconda condizione legittimante un provvedimento di revoca, ovvero l'adempimento delle condotte di cui all'art. 17 d.lgs. 231/2001. Come anticipato nel paragrafo precedente, nonostante lo stretto collegamento con l'art. 49, la revoca rappresenta comunque un istituto a sé, operante anche in conseguenza dell'adempimento delle condotte prescritte dall'art. 17, visto che le stesse possono maturare durante tutto il periodo di applicazione della misura, a prescindere dalla richiesta di sospensione<sup>50</sup>. Ricapitolando sul punto, il perfezionarsi delle attività riparatorie ex art 17 impedisce al giudice di applicare la misura se interviene prima della decisione cautelare; neutralizza l'esecutività dell'ordinanza cautelare per il tempo richiesto e concesso ai sensi dell'art. 49 al fine di adempiervi prima che sia dichiarato aperto il dibattimento; determina in ogni caso la revoca, se ciò avviene durante il giudizio<sup>51</sup>.

La sostituzione delle misure è collegata all'attenuarsi delle esigenze cautelari oppure alla rottura del rapporto di proporzionalità tra la misura adottata e l'entità del fatto o la sanzione presumibilmente applicabile<sup>52</sup>. Occorre sempre tener presente che l'unica esigenza contemplata dal sistema è il pericolo di recidiva, dunque il suo affievolimento non può che passare attraverso quegli accorgimenti organizzativi che fanno ritenere poco plausibile la verifica di un ulteriore reato. Il miglioramento nella gestione aziendale, peraltro, non deve concretizzarsi nel soddisfacimento di tutte le condizioni prescritte dall'art. 17, altrimenti l'effetto sarebbe quello della revoca<sup>53</sup>. Al ricorrere delle situazioni

<sup>50</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 513.

<sup>51</sup> EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, cit., p. 448.

<sup>52</sup> Si è fatto notare che, a voler essere precisi, la norma si riferisca impropriamente alla «sanzione che si ritiene possa esser applicata in via definitiva»: infatti l'ultima parte del periodo, peraltro sovrabbondante nell'economia del disposto, potrebbe generare qualche equivoco se ricondotta al disposto dell'art. 16, che descrive le condizioni per l'applicazione, appunto, delle sanzioni interdittive definitive (come a dire che si esige, qui, una prognosi di condanna ad una sanzione definitiva); nel contesto in cui è inserita, tuttavia, l'imprecisione innocua, essendo comunque chiaro l'intento di richiamarsi alla definitività della sentenza, non della sanzione (così CERESA-GASTALDO, *Il "processo alle società"*, cit., p. 53, nt. 49).

<sup>53</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 514.

descritte, il giudice sostituisce la misura con una meno gravosa oppure ne dispone l'applicazione con modalità meno gravose, anche sotto il profilo della durata. Si è osservato come, nonostante la rubrica della norma impieghi il termine "sospensione" in un'accezione omnicomprensiva, gli interventi cui tale formula è ricollegabile sono ben distinti. Infatti, nel primo caso, il provvedimento giudiziario va ad incidere sulla misura originaria, cui ne subentra un'altra meno afflittiva; mentre, nel secondo, incide sulle modalità esecutive, rendendole meno gravose, senza estinguere la cautela originariamente applicata<sup>54</sup>.

I profili procedurali afferenti ai due istituti presentano alcune peculiarità. Innanzitutto vi è una sensibile divergenza tra le due ipotesi rispetto alla titolarità dell'iniziativa. La revoca può essere disposta dal giudice anche d'ufficio<sup>55</sup>, laddove il provvedimento sospensivo presuppone la previa attivazione delle parti<sup>56</sup>. Peraltro, questa è l'unica informazione desumibile dal disposto dell'art. 50 d.lgs. 231/2001, di qui la necessità di colmare la lacunosa normativa mediante il rinvio all'art. 299 c.p.p. ritenuto applicabile, con gli opportuni adattamenti, in forza della clausola generale espressa nell'art. 34 d.lgs. 231/2001.

I commentatori risultano assolutamente concordi nel considerare applicabile il comma 3 *bis* della disposizione richiamata, nella parte in cui richiede il parere del pubblico ministero prima che il giudice decida sulla revoca. Tale previsione, oltre a non presentare alcun profilo di incompatibilità rispetto al sistema cautelare riguardante gli enti, si rivela necessaria, non solo per salvaguardare la posizione del pubblico ministero (che non sarebbe messo nelle condizioni di interloquire qualora la richiesta provenga dall'ente, laddove il mancato coinvolgimento dell'ente stesso sarebbe giustificabile alla luce del fatto che si tratta di provvedimenti a suo favore), ma anche affinché il giudice possa trarre dalle deduzioni delle parti tutti gli elementi necessari per la sua decisione<sup>57</sup>. Per le stesse ragioni, va riconosciuta l'operatività dell'art. 299 comma 4 *bis*.

---

<sup>54</sup> PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 139 s.

<sup>55</sup> A norma dell'art. 299 comma 3 c.p.p., la revoca è disposta dal giudice per le indagini preliminari di regola su richiesta delle parti, a meno che quest'ultimo non sia già investito di una competenza funzionale (sono le ipotesi di cui agli artt. 294, 391, 406, 392), nel qual caso può procedere anche d'ufficio. Mentre possono sempre procedere d'ufficio il giudice per l'udienza preliminare e quello dibattimentale. Tale assetto è compatibile con la natura di organo *ad acta* del g.i.p., destinato ad intervenire solo incidentalmente.

<sup>56</sup> La Relazione di accompagnamento al decreto non motiva le ragioni di tale scelta, limitandosi a sottolineare l'opportunità di distinguere, sotto il profilo procedurale, tra la revoca della cautela e la sua mera attenuazione.

<sup>57</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 514.

Parimenti applicabile il comma 3 *ter* dell'art. 299 c.p.p., in base al quale il giudice, prima di decidere sulla revoca, può interrogare l'imputato (nel nostro caso il legale rappresentante dell'ente) e deve assumere l'interrogatorio se questi ne ha fatto richiesta e se l'istanza sia basata su elementi nuovi o diversi rispetto a quelli già valutati. Anche rispetto a questa disposizione non è ravvisabile alcuna incompatibilità con il sistema *ad quem*, anzi la sua legittima applicazione trae ulteriore alimento dall'art. 35 d.lgs. 231/2001 che estende alla persona giuridica le facoltà e i diritti riconosciuti all'imputato<sup>58</sup>.

Opportunamente adattata, appare compatibile rispetto alla persona giuridica anche la norma di cui all'art. 299 comma 4 *ter* c.p.p., che consente al giudice, in ogni stato e grado del procedimento, di disporre anche d'ufficio accertamenti sulle condizioni di salute o su altre condizioni o qualità dell'imputato<sup>59</sup>; riferiti all'ente tali accertamenti potranno riguardare ad esempio le condizioni previste dall'art. 17, rilevanti sia ai fini della revoca che della sostituzione<sup>60</sup>.

Più complesso stabilire se trovi applicazione il comma 4 dell'art. 299 c.p.p., relativo alla possibilità per il pubblico ministero di richiedere misure più afflittive nel caso di aggravamento delle esigenze cautelari. Sebbene la dottrina si mostri compatta nel ritenere la soluzione affermativa una scelta obbligata per assicurare effettività all'intero sistema cautelare, il problema si proietta in un orizzonte meno limpido. Anzi, si può ritenere che l'istituto della revoca e sospensione delle misure cautelari, per come tratteggiato nell'art. 50, sia emblematico delle difficoltà insite nella gestione dei rapporti tra sistemi processuali legati da una clausola di sussidiarietà come quella scolpita nell'art. 34. Largamente impiegata dal legislatore, questa tecnica normativa demanda all'interprete delicate operazioni esegetiche che si rivelano tanto più complesse quanto più intricata è la rete di rimandi tra i due sistemi correlati.

Nel d.lgs. 231/2001, al rinvio di carattere generale, si aggiunge una molteplicità di rinvii specifici alle norme del codice - alcuni dei quali subordinati al vaglio di compatibilità<sup>61</sup> ed altri invece non condizionati<sup>62</sup> - così da delineare

---

<sup>58</sup> BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, cit., p. 286.

<sup>59</sup> Tale norma assume peraltro una certa importanza per sciogliere il dubbio circa l'ammissibilità della perizia in sede d'udienza cautelare *ex art.* 47, *vd. supra* par. 3.1.

<sup>60</sup> BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, cit., p. 286; FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 514.

<sup>61</sup> Si vedano gli articoli 35, 53 e 54, 62 63 e 64, 73, 74 d.lgs. 231/2001.

<sup>62</sup> Ne sono esempio gli articoli 36, 43, 61 d.lgs. 231/2001.

una elaborata rete connettiva tra i due corpi normativi<sup>63</sup>, nell'ambito della quale non è sempre facile muoversi.

Il meccanismo di integrazione di cui all'art. 34 d.lgs. 231/2001 segue uno schema base consolidato: opera alle condizioni che manchi una disciplina *ad hoc* e quella codicistica risulti compatibile con le caratteristiche del sistema di riferimento<sup>64</sup> e, di conseguenza, sottende un criterio metodologico che impone di prediligere l'applicazione della normativa speciale, giustificandosi il ricorso in via integratrice alle disposizioni del codice solo ove la questione non sia risolvibile alla luce di quell'impianto<sup>65</sup>.

Orbene, rispetto ad istituti non contemplati dalla disciplina speciale, la verifica tesa ad ammettere oppure ad escludere l'applicabilità della corrispondente normativa codicistica si risolve nel vaglio di compatibilità tra la fattispecie omessa e il sistema nel quale se ne indaga il possibile ingresso. Nella prassi applicativa, tale questione è sorta in relazione al giudizio immediato, all'avviso di conclusione delle indagini, alla modifica dell'imputazione *ex art.* 423 comma 1 c.p.p. La giurisprudenza ha riconosciuto l'applicabilità di tutti gli istituti richiamati, escludendo che gli stessi possano ritenersi inconciliabili rispetto al procedimento a carico degli enti<sup>66</sup>. Più complessa, invece, la questione concernente la possibilità di costituirsi parte civile contro l'ente, su cui, in assenza di un esplicito riferimento normativo, le soluzioni offerte dai giudici di merito appaiono diversificate<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> CERESA-GASTALDO, *Il processo "alle società"*, cit., p. 11.

<sup>64</sup> Mentre la prima condizione rappresenta una costante nei meccanismi di questo tipo, la seconda è una variabile che può essere o meno inserita; non compare, ad esempio, nel d. P.R. 488/1988 disciplinante il processo minorile, in materia si rinvia a GIOSTRA, *Commento all'art. 1 D.P.R. 488/1988*, in AA. VV., *Il processo minorile*, a cura del medesimo A., Milano, 2001, p. 10.

<sup>65</sup> In questi termini, con riferimento all'art. 2 del d.lgs. 274/2000 che ha istituito la competenza penale del giudice di pace, VICOLI, *Precedenti e fonti normative*, in AA. VV., *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., p. 19.

<sup>66</sup> Riguardo all'ammissibilità del rito immediato, cfr. Trib. Milano, ord. 23 marzo 2004, secondo cui: «...il fatto che la sezione sesta, del capo terzo, del d.lgs. n. 231 del 2001 contenga agli artt. 62 e segg. previsioni specifiche solo per il giudizio abbreviato, il patteggiamento e il giudizio per decreto, non può fondare un argomento *a contrario* che porti ad escludere l'ammissibilità degli altri riti speciali previsti dal codice di rito (giudizio immediato e giudizio direttissimo), ma indica semplicemente che il legislatore non ha ritenuto necessario dettare norme specifiche: decisiva diventa dunque la regola generale posta dall'art. 34 d.lgs. 231/200». L'avviso di conclusione delle indagini *ex art.* 415 *bis* c.p.p. è stato ritenuto applicabile, ancorché non espressamente previsto, in virtù della parificazione tra l'indagato/imputato e l'ente, che esprime la volontà legislativa di apprestare, anche in questa materia, un sistema di garanzie analogo a quello delineato dal codice di rito per l'accertamento del reato (Trib. Torino, 11 giugno 2004). Anche la modifica dell'imputazione ai sensi dell'art. 423/1 c.p.p. è stata riconosciuta ammissibile nel processo *de societate* poiché «nessuna ragione autorizza a ritenere incompatibile con il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni amministrative il disposto di cui all'art. [citato]» (Trib. Torino, 10 febbraio 2005).

<sup>67</sup> Vd. nota 20.

Se già la mera verifica di compatibilità della norma codicistica rispetto al sistema speciale risulta notevolmente difficoltosa<sup>68</sup>, il quadro si complica ulteriormente quando la normativa di nuovo conio disciplina istituti che hanno nel codice una loro regolamentazione. Tale circostanza, infatti, non vale di per sé ad escludere l'applicabilità delle disposizioni codicistiche, poiché occorre accertare se la disciplina speciale sia integralmente sostitutiva rispetto a quella del codice ovvero si affianchi ad essa in termini di alternatività o ancora si limiti a modificarla in misura parziale<sup>69</sup>.

Alla luce delle considerazioni svolte, bisogna riconoscere come l'art. 50 d.lgs. 231/2001- che regola istituti aventi il loro referente codicistico nell'art. 299 c.p.p. – appaia di dubbia collocabilità rispetto alle categorie sopra riportate. Per vero bisogna ammettere che il legislatore delegato abbia realizzato, in questo caso, un intarsio degno di nota: ha riprodotto alla lettera parte della norma codicistica (quanto alle condizioni legittimanti i provvedimenti di revoca e sostituzione), ha aggiunto un presupposto (la realizzazione delle condotte *ex art.* 17); ha diversificato il procedimento applicativo tra revoca e sostituzione ammettendo per la prima un'iniziativa d'ufficio e imponendo per l'altra la richiesta delle parti, laddove il codice riconduce entrambe le ipotesi nel solco dell'iniziativa di parte, salva l'eccezione di cui all'art. 299 comma 3; ha ommesso di disciplinare importanti aspetti procedurali, quali quelli fissati nei commi 3 bis, 3 *ter*, 4 *bis* e 4 *ter* dell'art. 299 c.p.p., né ha richiamato espressamente quest'ultima norma per tutto quanto non previsto e, per finire, ha completamente ignorato l'istituto della sostituzione *in pejus* (art. 299 comma 4 c.p.p.).

Nessuno scandalo per la prima operazione: malgrado il rinvio generale di cui all'art. 34 d.lgs. 231/2001, il decreto contiene numerose ripetizioni di regole ricavabili dalla disciplina generale che si giustificano con l'esigenza di limitare le incertezze applicative<sup>70</sup>. Perfettamente legittima la seconda, in quanto dettata da

---

<sup>68</sup> Secondo VICOLI, *Precedenti e fonti normative*, cit., p. 23 ss., l'inciso «in quanto applicabili» che compare nell'art. 2 d.lgs. 274/2000 (l'art. 34 d.lgs. 231 impiega invece la clausola «in quanto compatibili», ma le due dizioni sono equivalenti) «sembra di per sé privo di una reale attitudine denotativa delle norme codicistiche che necessitano di essere adattate ai tratti peculiari del rito davanti al giudice di pace o che nell'ambito di quest'ultimo non possono essere “trasferite”», dunque spetta esclusivamente all'interprete stabilire in quale senso vada inteso. Si rinvia all'Autore citato per una prospettazione delle possibili chiavi di lettura della formula in questione.

<sup>69</sup> Così VICOLI, *Precedenti e fonti normative*, cit., p. 20 s.

<sup>70</sup> FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p. 400. Va tuttavia ricordato, che secondo alcuni la predisposizione di un modello processuale autonomo, con rinvio alla normativa del codice solo in via sussidiaria ed in quanto compatibile, si pone in contrasto con la legge delega che, all'art. 11 lett *q*, faceva esclusivo riferimento alle norme codicistiche, risolvendosi in un

ragioni di specialità del sistema. Passi anche la terza opzione, sebbene non si capisca perché si sia voluto differenziare il regime dei due provvedimenti sotto il profilo dell'iniziativa<sup>71</sup> e non si comprenda bene quale sia la differenza, riguardo alla revoca disposta d'ufficio, tra norma speciale e norma codicistica. E superabile appare anche la lacuna sui restanti profili procedurali che - non risultando incompatibili rispetto al sistema cautelare *de quo*, come illustrato in precedenza - vengono recuperati in forza dell'art. 34, pur senza negare la perplessità che deriva da una tecnica legislativa che in parte riproduce e in parte omette il contenuto di un medesimo articolo del codice<sup>72</sup>. Non si può ammettere, però, una dimenticanza su un istituto rilevante quale la modifica *in pejus* delle misure applicate o delle relative modalità esecutive, né l'operatività della corrispondente norma codicistica (art. 299 comma 4) appare sostenibile con altrettanta facilità come per le altre lacune<sup>73</sup>.

Innanzitutto siamo in presenza di una fattispecie peggiorativa che andava disciplinata o quantomeno espressamente richiamata, al di là della generale clausola di rinvio; in altre parole, tale possibilità, sebbene consentanea ad ogni sistema cautelare, avrebbe dovuto essere oggetto di specifica previsione, sì da rispettare appieno il principio di legalità. In secondo luogo, il procedimento delineato dalla norma codicistica per la sostituzione *in pejus*, non prevede il coinvolgimento necessario dell'ente, destinato ad intervenire solo ove il giudice discrezionalmente si determini ad interrogarlo in base all'art. 299 comma 3 *bis*. Tale procedura, naturale rispetto al sistema cautelare codicistico, sembra contraddire il tratto peculiare di quello previsto dal decreto 231/2001, poiché, abbandonando il modello a contraddittorio anticipato, diminuisce il livello di garanzie per l'ente<sup>74</sup>. Sviluppando questo ragionamento, si osserva come, piuttosto che rimettere tutto ad una oculata valutazione giudiziale circa la

---

assetto incostituzionale rispetto agli artt. 76 e 77 Cost. (in questo senso GIARDA, *Un legislatore delegato disinvolto e qualche dubbio di costituzionalità*, in AA. VV., *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, cit., p. 294; *contra* FIDELBO, *Le attribuzioni*, cit. p. 400).

<sup>71</sup> Vd. note 55 e 56.

<sup>72</sup> Si potrebbe argomentare *a contrario* che le disposizioni non riprodotte, né espressamente richiamate, a fronte di altre dello stesso articolo pedissequamente riscritte, rivelino l'intenzione di escluderne l'applicabilità.

<sup>73</sup> In tal caso si tratta di un istituto a sè stante (non rileva il mero dato formale della collocazione topografica all'interno di un comma di una più generale fattispecie normativa), mentre le ulteriori regole ricavabili dall'art 299 c.p.p. e delle quali si è riconosciuta l'applicabilità per effetto dell'art. 34, sebbene non richiamate, attengono a modalità procedurali di istituti comunque previsti dal decreto.

<sup>74</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 516.

necessità di assumere l'interrogatorio<sup>75</sup>, sarebbe stato più opportuno richiamare espressamente l'art. 47 comma 2, prevedendo un procedimento in cui l'udienza camerale avrebbe dovuto vertere sulla richiesta del pubblico ministero di sostituzione della misura a causa dell'aggravamento delle esigenze cautelari<sup>76</sup>. Un'interpretazione estensiva della norma in questione non solo non trova appigli normativi<sup>77</sup>, ma implicherebbe un'operazione di ingegneria esegetica ai limiti della creatività: dopo aver ritenuto applicabile un istituto neanche menzionato dal decreto, in forza della clausola di rinvio *ex art.* 34 che renderebbe operativo l'art. 299 comma 4 c.p.p., bisognerebbe derogare il disposto di questa norma, in base ad una fantomatica applicazione dell'art. 47 comma 2 c.p.p. priva di alcun fondamento, se non quello di ragionevolezza.

Certamente ragionevole, in effetti, sarebbe stato estendere il contraddittorio anticipato anche al caso di modifica peggiorativa della misura applicata. Si pensi all'ipotesi in cui, per effetto del peggioramento delle esigenze cautelari<sup>78</sup>, il pubblico ministero chieda la sostituzione della misura in corso con quella più grave dell'interdizione dall'esercizio dell'attività. In tali circostanze, si ripresentano tutte quelle esigenze, oltre che di difesa dell'ente anche di carattere pubblico<sup>79</sup>, che hanno indotto il legislatore del 2001 a prevedere lo svolgimento di un contraddittorio ai fini dell'applicazione della cautela. Tuttavia, va segnalato che, in materia di misure cautelari personali, parte della giurisprudenza esclude la necessità di effettuare l'interrogatorio di garanzia – che nel sistema codicistico è paragonabile al contraddittorio anticipato *ex art.* 47 d.lgs. 231/2001 - nel caso di cui all'art. 276 comma 1 ter, ritenendo che l'aggravamento consegue ineluttabilmente a circostanze di facile accertamento, sì da non potersi ritenere violato il diritto di difesa del soggetto che lo subisce<sup>80</sup>.

<sup>75</sup> Così L. MORELLI, *Le vicende evolutive*, cit., p. 185.

<sup>76</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 516, nt. 87.

<sup>77</sup> Si noti che l'art. 47 d.lgs. 231/2001 menziona l'applicazione, la revoca delle misure cautelari e la sostituzione delle loro modalità esecutive, ma non la sostituzione della misura, sebbene si debba riconoscere che il legislatore faccia un po' di confusione con la terminologia impiegata, anche nella rubrica dell'art. 50 (vd. nota 52).

<sup>78</sup> Secondo FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 516, l'aggravamento delle esigenze cautelari potrebbe verificarsi in dipendenza di un peggioramento ulteriore dell'organizzazione aziendale, oppure in caso di commissione di altri illeciti emersi nel corso delle indagini, un'ipotesi specifica potrebbe consistere nella necessità di applicare una misura come il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione anche ad altri contratti o amministrazioni pubbliche non considerati nel provvedimento originario.

<sup>79</sup> Vd. *supra*, cap. II, par. 3.1.

<sup>80</sup> Cass., 12 settembre 2003, D'Amato, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2467; *contra* Cass., 21 novembre 2001, Pintus, in *ivi*, 2002, p. 2835.

In conclusione, occorre ricordare che il decreto 231 contempla un'ipotesi specifica di aggravamento in dipendenza delle trasgressione agli obblighi o ai divieti inerenti alle misure interdittive. In tal caso trova applicazione l'art. 23 che punisce con un reato la persona fisica che non abbia osservato il provvedimento interdittivo e con un illecito amministrativo l'ente, a favore o nell'interesse del quale la trasgressione sia stata posta in essere, con applicazione di sanzioni interdittive qualora abbia tratto un profitto rilevante. Tale previsione si ritiene, però, insufficiente a soddisfare le esigenze cautelari, qualora queste risultino aggravate<sup>81</sup>, di qui la necessità di rinviare all'art. 299 comma 4 c.p.p, con il corollario di difficoltà interpretative sopra illustrate.

### **3. Estinzione.**

La disciplina di casi di estinzione delle misure cautelari va ricostruita sulla base dell'integrazione tra le regole espressamente previste dal decreto e la normativa codicistica.

La prima causa di perenzione è collegata al decorso dei termini di durata massima delle misure. La disciplina speciale sul punto è chiara e dettagliata. A norma dell'art. 51, qualsiasi misura cautelare non può superare il termine di un anno, corrispondente alla metà della durata massima delle sanzioni interdittive prevista dall'art. 13. La regola generale subisce un temperamento nell'ipotesi in cui la misura è disposta dopo la sentenza di condanna di primo grado, nel qual caso la durata della cautela può estendersi negli stessi limiti temporali della sanzione applicata, ma non può comunque sperare i due terzi del termine massimo indicato dall'art. 13 comma 2, cioè un anno e quattro mesi. Le misure cautelari, dunque non possono superare, deroghe incluse, la durata massima di sedici mesi. Un limite, da un canto, più esteso di quello riservato alle misure interdittive codicistiche disposte per esigenze di tutela della prova, ma, per altro verso, più angusto di quello accordato, in assoluto, ai predetti istituti di cui agli articoli 287 e ss. c.p.p., ove adottati per esigenze di tutela della collettività (cfr. art. 308 c.p.p.); tale durata è comunque del tutto congrua rispetto a quella quantificata per l'omologo corredo sanzionatorio<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 515.

<sup>82</sup> Così PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 263.



I termini fissati decorrono dalla data della notifica del provvedimento cautelare.

Si specifica, infine, che il tempo di applicazione delle misure sia computato in quello di durata massima delle sanzioni applicabili in via definitiva.

Tratto peculiare è l'assenza di termini intermedi per le fasi e i gradi del procedimento, nonché delle regole in materia di sospensione, congelamento o proroga dei termini ovvero di rinnovazione delle misure. Ancora una volta, dunque, le corrispondenti norme codicistiche (nella specie gli articoli 303, 304, 305 e 308 c.p.p.), vanno sottoposte ad un *check-in*, sotto la lente della clausola di compatibilità dell'art. 34. A differenza di quanto unanimemente ritenuto riguardo agli istituti della revoca e sostituzione – anch'essi, come si è visto, destinatari una norma che riproduce solo in parte l'omologa disposizione del codice – in tal caso, con la stessa uniformità di vedute, si perviene ad escludere l'operatività delle previsioni non richiamate. Queste ultime, traducendosi in una serie di eccezioni alle regole che fissano termini di durata massima delle misure, sono ritenute incompatibili con la semplicità e rigidità della disciplina espressa nell'art. 51, tesa a realizzare una puntuale predeterminazione dei termini e delle modalità delle misure cautelari. In altre parole, consentire l'applicabilità di quelle norme codicistiche significherebbe infrangere l'equilibrio dei rapporti tra cautele e sanzioni, con l'effetto ultimo di snaturare la fisionomia del sistema delineato dal decreto<sup>83</sup>: esattamente ciò che la clausola di compatibilità *ex art. 34* mira ad evitare.

Altre ipotesi estintive sono quelle collegate ad epiloghi del procedimento che fanno venir meno il substrato indiziario. Nel panorama dei provvedimenti cui è tradizionalmente connessa la cessazione delle misure cautelari, il decreto menziona espressamente (art. 68) soltanto la sentenza che esclude la responsabilità dell'ente, anche per mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova dell'illecito, ai sensi dell'art. 66 e la sentenza di non doversi procedere per la prescrizione del reato presupposto<sup>84</sup> o della stessa sanzione, ai

---

<sup>83</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 515; BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, cit., p. 287 s.; CERESA-GASTALDO, *Il processo "alle società"*, cit., p. 50, secondo cui, in assenza di un esplicito rinvio, non possono ammettersi «neppure effetti espansivi interni al limite massimo»; PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 263, il quale precisa che la mancanza di congegni correttivi, quali la sospensione e la proroga dei termini o la rinnovazione della misura derivi verosimilmente dalla congruità del rapporto temporale stabilito tra misure cautelari e sanzioni.

<sup>84</sup> Ovviamente nel caso in cui la prescrizione del reato si intervenuta prima che fosse effettuata la contestazione *ex art. 59*, in caso contrario, infatti, la prescrizione del reato base non esclude la responsabilità dell'ente secondo quanto si evince dall'art. 8 d.lgs. 231/2001.

sensi dell'art. 67. A queste due pronunce vanno senza dubbio aggiunte, nonostante il mancato riferimento nell'art. 68, la sentenza di non doversi procedere, emessa a norma dell'art. 37, nel caso in cui l'azione a carico dell'autore del reato presupposto non può essere iniziata o proseguita per mancanza di una condizione di procedibilità e quella disposta, ai sensi dell'art. 8 comma 1, per l'estinzione del reato presupposto dovuta all'intervenuta amnistia, a meno che l'ente non rinunci agli effetti della stessa, nel qual caso, non venendo meno la sua responsabilità, non si produce nemmeno l'effetto di estinzione delle misure<sup>85</sup>. Gli altri casi di estinzione diversi dall'amnistia, a norma dell'art. 8, non determinano l'improcedibilità nei confronti dell'ente e, conseguentemente, nemmeno la perenzione delle misure cautelari a suo carico<sup>86</sup>.

Il sistema delle cause estintive va completato facendo rinvio all'art. 300 c.p.p., certamente applicabile nella parte in cui prevede quali motivi di cessazione delle misure cautelari il provvedimento di archiviazione, la sentenza di non luogo procedere, nonché la sentenza di condanna, ancorché sottoposta ad impugnazione, qualora la durata della misura già decorsa non sia inferiore a quella delle sanzioni applicate. Si ritiene applicabile anche il comma 5 dell'art. 300, sopra ricordato<sup>87</sup>. Al contrario, va ragionevolmente esclusa l'operatività del terzo comma della norma in discorso che fa riferimento alle cause di estinzione della pena; queste ultime, infatti, non escludendo la sussistenza di un reato, non reagiscono in alcun modo sulla configurazione della responsabilità in capo all'ente<sup>88</sup>.

Come si è visto, anche riguardo alla disciplina delle cause di estinzione automatica delle misure cautelari, il legislatore ha mostrato un atteggiamento alquanto rapsodico, costringendo l'interprete a complesse operazioni integrative. Assai più lineare sarebbe stato, alla stregua di quanto previsto nel codice all'art. 300, racchiudere tutte le ipotesi estintive in un'unica disposizione di raccordo. Oppure si sarebbe potuto semplicemente rinviare alla norma codisistiva appena menzionata, che, con gli adattamenti del caso, avrebbe coperto tutte le situazioni rilevanti al fine considerato.

---

<sup>85</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 518; BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, cit., p. 288; *contra* CERESA-GASTALDO, *Il "processo alle società"*, cit., p. 51, secondo cui la misura decade anche in caso di rinuncia dell'ente all'amnistia.

<sup>86</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 518; CERESA-GASTALDO, *Il "processo alle società"*, cit., p. 51; BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, cit., p. 288; PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 264.

<sup>87</sup> Vd. par. 1.

<sup>88</sup> BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, cit., p. 288; PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 264.

## CAPITOLO IV

# LE IMPUGNAZIONI

SOMMARIO: 1. Premessa.- 2. L'appello. – Il ricorso per cassazione

### 1. Premessa

Il d.lgs. 231/2001 racchiude un'unica norma – l'art. 52 – la disciplina dei mezzi di impugnazione avverso i provvedimenti cautelari, segnatamente l'appello e il ricorso per cassazione.

Oggetto di appello possono essere tutti i provvedimenti emanati nell'ambito dell'incidente cautelare, senza distinzione tra quelli che introducono il vincolo e quelli che intervengono quando la cautela sia già in atto<sup>1</sup>. Nonostante la rubrica dell'art. 52 faccia riferimento ai soli provvedimenti applicativi, nel testo si menzionano apertamente “tutti i provvedimenti cautelari”<sup>2</sup>, e sappiamo quanto conti la rubrica *legis*, a fronte di un contenuto normativo inequivocabile. Sono dunque appellabili le ordinanze applicative, quelle che sospendono, revocano, sostituiscono, dichiarano l'estinzione delle misure interdittive, nonché le ordinanze reiettive della richiesta cautelare del pubblico ministero.

I provvedimenti emessi in sede d'appello cautelare sono ricorribili in cassazione per violazione di legge.

La legittimazione ad impugnare spetta al pubblico ministero e all'ente, per mezzo del suo difensore. La lettera dell'art. 52, a differenza delle disposizioni codicistiche, sembra escludere un'autonoma facoltà di impugnazione dell'ente-imputato, conclusione avvalorata anche dal mancato richiamo dell'art. 322 - *bis* comma 1 c.p.p., del quale vengono invece richiamati i commi 1 *bis* e 2<sup>3</sup>. D'altra

---

<sup>1</sup> NUZZO, *Le misure cautelari*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1593; cfr. anche *Relazione al decreto*, cit., § 17.

<sup>2</sup> Sottolinea la “svista” CERESA-GASTALDO, *Il “processo” alle società*, cit., p. 54.

<sup>3</sup> Per questa conclusione FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 520; allude, invece, ad una legittimazione distinta PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 267.

parte, la specificazione “per mezzo del suo difensore” in luogo di “per mezzo del proprio rappresentante legale” evidenzia che il potere di impugnare la misura cautelare non è subordinato alla manifestazione di volontà da parte dell’ente di partecipare al giudizio e alla conseguente costituzione nel giudizio stesso a norma dell’art. 39 d.lgs. 231/2001<sup>4</sup>. Tale assunto sembra da preferire alla simmetrica ricostruzione per cui l’appello, in quanto atto esclusivamente personale, presuppone in capo all’ente l’onere di costituirsi ai sensi dell’art. 39 e di conferire l’apposita procura *ad litem* al difensore, secondo il comma 3 della stessa norma, a pena di inammissibilità dell’appello medesimo<sup>5</sup>.

Oltre ai profili appena descritti, espressamente sanciti dalla normativa speciale, la disciplina dei procedimenti impugnatori si ricava da una complessa rete di rinvii alle norme codicistiche, non solo in materia di impugnazioni delle cautele personali, ma anche e soprattutto di quelle reali. Il sistema, infatti, risulta formalmente iscritto nel reticolo normativo codicistico delle cautele reali<sup>6</sup>, sebbene rifluisca, in virtù di una serie di rinvii a cascata, nell’orbita dei rimedi ivi preposti alle misure interdittive<sup>7</sup>. Pertanto, come si vedrà nelle pagine seguenti, le dinamiche di svolgimento del giudizio d’appello e di quello davanti alla Suprema corte, scaturiscono da un’articolata opera di integrazione tra l’art. 52 del decreto e, da una parte, le norme di cui agli articoli 322 e 325 c.p.p., in quanto da quest’ultimo richiamate e, dall’altra, gli artt. 309, 310 e 311 c.p.p., a loro richiamati dalle disposizioni da ultimo citate. Una serie di «rinvii a catena che il legislatore avrebbe potuto risparmiarci»<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Così PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 146, nt. 231, il quale, più in generale sostiene che il diritto di difesa da parte della persona giuridica non è subordinato all’atto formale di costituzione posto in essere ai sensi dell’art. 39; in termini analoghi GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 288, che sottolinea come l’ente goda del diritto di fruire dell’assistenza difensiva indipendentemente dall’atto di costituzione; VARRASO, *Sub art. 52 d.lgs. 231/2001*, in AA. VV., *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, cit., p. 405.

<sup>5</sup> Trib. Milano, 25 maggio 2007, *Quisqueyana s.a.*, inedita; nello stesso senso BASSI, *La costituzione in giudizio dell’ente con specifico riguardo alle procedure incidentali innanzi al tribunale del riesame*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, n. 3, p. 40.

<sup>6</sup> L’art. 52 d.lgs. 231/2001, infatti rinvia, per l’appello, all’art. 322-bis c.p.p. commi 1 bis e 2 e, per il ricorso, alle disposizioni di cui all’art. 325 c.p.p. Critico verso una scelta siffatta FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 519, secondo il quale sarebbe stato più adeguato alla tipologia delle misure riguardanti l’ente richiamarsi al regime delle impugnazioni delle misure interdittive, che peraltro presenta una serie di analogie, anche dal punto di vista dei rimedi e del procedimento, con le disposizioni contenute nell’art. 52.

<sup>7</sup> In questi termini PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 267.

<sup>8</sup> Condivisibile osservazione di BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 291.

Nel sistema delle impugnazioni *de quo* si riscontra un'assenza eccellente: quella del riesame. La scelta legislativa di non prevedere tale specifico strumento ha suscitato riflessioni di segno contrario.

Le riserve manifestate nei confronti di una simile opzione si sono incentrate sul depotenziamento di garanzie che l'ente, privato dello strumento del riesame, viene a patire. La maggiore afflittività che connota le misure cautelari *contra societatem*, rispetto alle misure interdittive applicate alla persona fisica – neanche per le quali è previsto il riesame – avrebbe dovuto indirizzare il *favor* legislativo verso meccanismi di controllo più garantiti come, appunto, il riesame<sup>9</sup>. Vengono rilevate, in particolare, due carenze di fondo: il limite temporale stabilito per la decisione d'appello (20 giorni) non si caratterizza nel senso della perentorietà come l'omologo termine (10 giorni) fissato per il riesame<sup>10</sup>; inoltre rispetto al giudizio d'appello non è espressamente contemplato un apposito spazio istruttorio, alla stregua di quello che l'art. 309 comma 9 c.p.p. riconosce nel procedimento di riesame<sup>11</sup>.

Simili preoccupazioni sarebbero senza dubbio condivisibili se il procedimento di applicazione delle misure cautelari a carico degli enti non fosse presidiato dalla garanzia del contraddittorio anticipato. E' proprio questa peculiarità procedimentale la ragione che ha indotto il legislatore delegato a non corredare lo strumentario impugnatorio a disposizione degli enti, del rimedio previsto dall'art. 309. L'attivazione di un contraddittorio preventivo tra le parti, infatti, sottrae alla doglianza dell'interessato quella caratteristica di reclamo "al buio" che giustifica il ricorso al riesame<sup>12</sup>. Del resto, se si fosse prevista anche la possibilità del riesame, si sarebbe creato un sistema con un *surplus* di garanzie, superiori anche rispetto al procedimento cautelare avente ad oggetto la libertà personale<sup>13</sup>. A suggello della persuasività di quest'ultima ricostruzione si pone un

<sup>9</sup> Così PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 147.

<sup>10</sup> PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 268; PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 147.

<sup>11</sup> PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 147; PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 268, secondo il quale il *gap* potrebbe essere recuperato accedendo ad un'interpretazione dell'art. 310 c.p.p. compatibile con l'apertura di spazi istruttori nel corso dell'udienza camerale. L'Autore aggiunge, però, che tale soluzione – sostenibile solo attraverso un'estensione delle regole che presidiano la formazione della prova nel giudizio d'appello (art. 603 c.p.p.) all'ambito in esame – è, oltre che problematica alla luce del testo dell'art. 310 c.p.p., ostacolata da un quadro giurisprudenziale molto diviso sul riconoscimento di spazi istruttori nell'appello cautelare; per i riferimenti giurisprudenziali sul punto si rinvia al contributo citato, nt. 36.

<sup>12</sup> Così CERESA-GASTALDO, *Il "processo" alle società*, cit., p. 55.

<sup>13</sup> FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 519. Si tratta dello stesso ordine di argomentazioni che inducono a ritenere non cumulabili gli istituti di cui agli artt. 47 comma 2 d.lgs. 231/2001 e 294 c.p.p., escludendosi

dato sistematico: il riesame è opportunamente consentito nei confronti del decreto di sequestro, la cui adozione è sottratta, a differenza delle ordinanze che dispongono la misura interdittiva, al contraddittorio anticipato<sup>14</sup>.

## 2. L'appello.

Acclarate le questioni inerenti alla legittimazione oggettiva e soggettiva che contraddistinguono tale mezzo di impugnazione, occorre ora esaminare l'*iter* di svolgimento del relativo giudizio.

Come si è accennato nel precedente paragrafo, l'art. 52 comma 1 d.lgs. 231/2001 rinvia alle disposizioni di cui all'art. 322 *bis* commi 1 *bis* e 2 c.p.p., il quale, a sua volta, contiene un richiamo alle regole stabilite nell'art. 310, che, ulteriormente, rimanda ai commi 1,2,3, 4 e 7 dell'art. 309 c.p.p. Le dinamiche del procedimento d'appello si inseriscono, pertanto, in questa fitta rete di correlazioni normative.

Se ne desume il seguente assetto: innanzitutto, in virtù dell'effetto parzialmente devolutivo dell'appello, contestualmente alla richiesta dovranno essere indicati i motivi, che delimitano i punti oggetto di cognizione del giudice del gravame (art. 52 comma 1 d.lgs. 231/2001). L'atto di impugnazione va presentato entro dieci giorni che per l'ente decorrono dalla notifica dell'ordinanza cautelare alla cancelleria del giudice *ad quem*<sup>15</sup>, secondo le forme prescritte dagli artt. 582 e 583 c.p.p. (art. 309 commi 1 e 4). La proposizione dell'appello non sospende l'esecuzione della misura (art. 322 *bis* comma 1 *bis* c.p.p.).

---

che l'ente cui sia stata applicata una misura cautelare debba poi esser sottoposto ad interrogatorio di garanzia, vd. lo stesso Autore, p. 495.

<sup>14</sup> CERESA-GASTALDO, *Il "processo" alle società*, cit., p. 55; ritiene, invece, che tra il sistema di controllo delle misure interdittive e quello delle misure reali vi sia un'asimmetria non motivata, essendo il trattamento più favorevole riservato a queste ultime contraddetto dalla minore o quantomeno pari afflittività delle stesse rispetto alle prime PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 150.

<sup>15</sup> E' stato rilevato un problema di coordinamento per l'impugnazione proposta dal difensore, poiché non c'è una norma che espressamente preveda la comunicazione o la notificazione allo stesso dell'ordinanza cautelare (cfr. artt. 48 e 47 d.lgs. 231/2001). Il problema si risolve ritenendo applicabile l'art. 293 comma 3 c.p.p., che prevede l'avviso al difensore dell'avvenuto deposito dell'ordinanza presso la cancelleria del giudice che l'ha emessa, con la conseguente individuazione del termine per l'impugnazione del difensore, ai sensi dell'art. 309 comma 3 c.p.p. (entro dieci giorni dalla notificazione dell'avviso di deposito dell'ordinanza che dispone la misura), così FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 522.

L'organo competente per l'appello è il tribunale "circondariale" in composizione collegiale (art. 322 *bis* comma 2 c.p.p.).

L'autorità giudiziaria procedente è avvisata della proposizione dell'appello e deve provvedere a trasmettere al tribunale l'ordinanza impugnata e gli elementi sui quali la stessa si fonda. Gli atti trasmessi restano depositati in cancelleria fino al giorno dell'udienza, con facoltà per il difensore di esaminarli e di estrarne copia (art. 310 comma 2 c.p.p.).

Il procedimento si svolge in camera di consiglio nelle forme di cui all'art. 127 c.p.p. ed il tribunale decide entro venti giorni dalla ricezione degli stessi (art. 310 comma 2 c.p.p.). Come si è visto in precedenza, si tratta di un termine meramente ordinatorio, in quanto il mancato rispetto dello stesso non risulta presidiato da alcuna sanzione.

Infine, l'esecuzione della decisione con cui il tribunale dispone una misura cautelare, in accoglimento dell'appello del pubblico ministero, resta sospesa finché la decisione non divenga definitiva (art. 310 comma 3 c.p.p.).

L'appello costituisce l'unico mezzo di impugnazione esperibile in prima istanza, poiché, oltre alla mancata previsione del riesame, risulta inammissibile anche il ricorso *per saltum*, come si vedrà nel paragrafo seguente.

### **3. Il ricorso per cassazione.**

Anche la disciplina del ricorso per Cassazione va ricostruita alla luce del combinato disposto di cui agli art. 52 comma 2 d.lgs. 231/2001, 325 c.p.p. e 311 c.p.p.

Preliminarmente, riguardo all'oggetto dell'impugnazione, occorre specificare che la lettera della norma sembra escludere la possibilità di un ricorso *per saltum*; l'art. 52 comma 2, infatti, stabilisce come ricorribile il "provvedimento emesso a norma del comma 1", ovvero la decisione scaturita dal giudizio d'appello, e non l'ordinanza cautelare. E' vero che la norma speciale rinvia espressamente all'art. 325, che prevede al secondo comma la possibilità di ricorrere direttamente in cassazione avverso il decreto di sequestro, tuttavia si tratta di una deroga espressa alla regola generale che ammette la ricorribilità dei soli provvedimenti del giudice d'appello (art. 325 comma 1 c.p.p.), deroga riferita, peraltro ai soli decreti di sequestro e, dunque, incompatibile rispetto alla

disciplina a *de qua*<sup>16</sup>. Per vero, non si può negare che il legislatore delegato, in tal caso, abbia richiamato l'art. 325 nella sua interezza - a differenza di altre occasioni in cui ha operato un rinvio parziale (si veda lo stesso art. 52 comma 1 che richiama i soli commi 1 *bis* e 2 dell'art. 322 *bis*) - e ciò potrebbe indurre a ritenere applicabile anche quella parte della norma che legittima il ricorso *per saltum*<sup>17</sup>. Tuttavia, la non esperibilità di questo strumento nella sede considerata si evince anche da considerazioni di carattere sistematico. Infatti, nel sistema delle misure cautelari il ricorso immediato è previsto quale alternativa al riesame<sup>18</sup>, come dimostra il fatto che rispetto alle ordinanze applicative di misure interdittive personali, all'esclusione del riesame consegue coerentemente l'impossibilità di attivare il ricorso *per saltum*<sup>19</sup>. Proprio su tale ultima circostanza si è basata la Suprema corte, più volte intervenuta sul punto, per escludere la configurabilità del ricorso immediato in materia di misure cautelari interdittive a carico degli enti<sup>20</sup>. Il giudice di legittimità, peraltro, non ha dichiarato l'inammissibilità dei ricorsi presentati in via immediata, ma li ha convertiti in appello, a norma dell'art. 568 comma 5 c.p.p.<sup>21</sup>.

Altro problema interpretativo sollevato rispetto alla disciplina del ricorso concerne l'individuazione del termine per proporre l'atto d'impugnazione. Da una parte si ritiene che detto termine vada rinvenuto in quello di dieci giorni, decorrenti dalla comunicazione o notificazione dell'ordinanza che si intende impugnare, stabilito dall'art. 325 comma 2 c.p.p., in quanto richiamato dall'art. 52 comma 2 d.lgs. 231/2001<sup>22</sup>. Dall'altra, si sostiene che il ricorrente fruisca del termine ordinario di quindici giorni previsto dall'art. 585 comma 2 lett. *a* c.p.p. Tale conclusione, maggiormente condivisibile, viene desunta dalla ormai consolidata giurisprudenza in relazione all'art. 325 c.p.p.<sup>23</sup>, e dal fatto che il secondo comma di questa norma fissa in dieci giorni il termine per il solo ricorso

<sup>16</sup> In questi termini FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 523; conformemente PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 268; GENNAI-TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 246; PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p.146.

<sup>17</sup> Così BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, cit., p. 292.

<sup>18</sup> Giusta osservazione di FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 523, al quale si rinvia anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sul punto.

<sup>19</sup> PERONI, voce *Misure cautelari interdittive*, cit., p. 748.

<sup>20</sup> Cass., 22 settembre 2004, Siemens, in *C.E.D. Cass.*, n. 228835, Cass., 3 marzo-22 aprile 2004; Cass., 18 giugno 2004, Focus s.r.l., *ivi*, n. 229674.

<sup>21</sup> Per la stessa conclusione PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p.146.

<sup>22</sup> BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, cit., p. 292.

<sup>23</sup> Per tutte Cass., Sez. Un., 20 aprile 1994, Iorizzo, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2922.



*per saltum*, il quale, come si è visto, non ha diritto di cittadinanza nel sistema *de quo*<sup>24</sup>.

Ma la questione di maggiore rilievo che aleggia intorno al ricorso di cui all'art. 52 comma 2 riguarda la latitudine dei motivi deducibili attraverso tale mezzo di impugnazione. Il problema sorge perché la norma, in analogia a quanto disposto dall'art. 325, ammette la ricorribilità delle ordinanze cautelari solo per violazione di legge. Ferma restando la deducibilità degli *errores in iudicando* ed *in procedendo* ai sensi dell'art. 606 lett. *b* e *c*, l'incognita concerne il vizio di motivazione di cui alla lett. *e*.

L'analogo disposto dell'art. 325 c.p.p., ha dato luogo in giurisprudenza a due filoni interpretativi. Secondo un primo orientamento, la suddetta formula andrebbe estesa anche ai difetti della motivazione, ascritti nel solco della violazione della legge processuale<sup>25</sup>. Più cospicuo l'indirizzo che esclude si possa ricorrere in cassazione ai sensi dell'art. 325 c.p.p. per mancanza o illogicità della motivazione, reputando che «violazione di legge» sia quella indicata alle lettere *b* e *c* dell'art. 606 c.p.p., mentre i vizi della motivazione sono censurabili attraverso la separata disposizione della lett. *e*<sup>26</sup>, salvo che la motivazione non sia assolutamente mancante<sup>27</sup>. Si può individuare, poi, un filone intermedio che ammette la deducibilità del vizio di motivazione non solo quando la stessa sia completamente assente, ma anche ove sia apparente, risolvendosi in argomentazioni prive di consistenza logica e che non spiegano le decisioni adottate<sup>28</sup>.

Senza potersi addentare nei meandri di classificazioni estremamente complesse, come quelle elaborate in materia di vizio di motivazione, preme sottolineare un dato. La complessità della prognosi cui il giudice è chiamato in

<sup>24</sup> Per questa soluzione FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 525; PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p.149, nt. 240.

<sup>24</sup> Così BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, cit., p. 292.

<sup>24</sup> Giusta osservazione di FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 523,.

<sup>25</sup> Cass., 13 febbraio 2002, Salerno, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2003, p. 83; Cass., 22 maggio 1997, Acampora, *ivi*, 1998, p. 119; Cass., 8 gennaio 1996, Telleri, in *Cass. pen.* 1996, p. 3427; Cass., 11 ottobre 1993, Caron, in *C.E.D. Cass.*, n. 196045; Cass., 7 novembre 1990, Lo Bianco, in *Foro it.*, 1991, II, p. 140.

<sup>26</sup> Cass., 4 aprile 2003, De Palo, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2476; Cass., 13 novembre 2002, Fumarolo, in *guida dir.*, 2003, f. 3, p. 87; Cass, 8 maggio 1998, Bonelli, in *C.E.D. Cass.*, n. 210934; Cass., 4 giugno 1997, Baisi, *ivi*, n. 209595; Cass., 12 novembre 1997, Iccicli, *ivi*, n. 208944; Cass., 21 febbraio 1996, Sacco, *ivi*, n. 204254.

<sup>27</sup> Cass., Sez. Un., 28 gennaio 2004, Ferrazzi, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1913; Cass., Sez. Un., 28 maggio 2003, Pellegrino, in *C.E.D. Cass.*, n. 226035.

<sup>28</sup> Cass., 16 novembre 1999, Albanese, in *Arch. n. proc. pen.*, 2000, p. 338; Cass., 23 aprile 1998, Marrone, in *Riv. pen.*, 1999, p. 311; Cass., 27 ottobre 1995, Camillacci, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1519.

sede di applicazione delle misure interdittive in capo agli enti giuridici<sup>29</sup> ed il loro livello di afflittività costituivano ragioni più che sufficienti ad imporre un penetrante sindacato sulla motivazione del provvedimento applicativo<sup>30</sup>. Peraltro, considerata la coincidenza genetica tra misure cautelari ed omologhe sanzioni, risulta arduo da giustificare il divario di trattamento rispetto alle interdizioni comminate in via definitiva, non subendo il ricorso avverso le sentenze che le applicano, analogo limite (art. 71 d.lgs. 231/2001); si profila così più di un dubbio in ordine alla compatibilità dell'art. 52, *in parte qua*, con gli artt. 3 e 24, comma 2 Cost.<sup>31</sup>.

Alla luce di queste condivisibili osservazioni, sembra opportuno aderire quantomeno all'orientamento intermedio tra quelli segnalati. Sebbene quest'ultimo non sia particolarmente aderente alla *littera legis*, il sistema ne guadagnerebbe in termini di ragionevolezza<sup>32</sup>.

Quanto alle dinamiche procedurali del giudizio in cassazione valgono le norme di cui agli artt. 311 commi 3 e 4 e 325 c.p.p., in virtù del meccanismo di rinvii sopra ricordato.

---

<sup>29</sup> Vd. Cap II.

<sup>30</sup> In questi termini, condivisibilmente, PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p.149.

<sup>31</sup> Ancora PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p.149.

<sup>32</sup> Aderisce, invece, all'indirizzo più restrittivo FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 525.

## BIBLIOGRAFIA

- ADORNO, *La richiesta "coatta" di archiviazione*, in AA. VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, a cura di Scalfati, Milano, 2006, p. 31.
- ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen.*, 2002, p. 33.
- ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina della responsabilità delle persone giuridiche*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Napoli, 2001, p. 47.
- ALESSANDRI, *Sub art. 27 comma 1 Cost.*, in *Commentario della Costituzione, Rapporti civili*, Bologna- Roma, 1991, p. 1.
- ALONZI, *L'adozione di misure cautelari all'esito di un provvedimento di condanna: una discutibile novella*, in AA. VV., *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini*, a cura di Spangher, Milano, 2001, p. 245.
- AMARELLI, «Crisi» del diritto penale societario e prospettive di riforma: la responsabilità penale delle persone giuridiche, in AMARELLI-D'ALESSANDRO-DE VITA, *Il nuovo sistema sanzionatorio del diritto penale dell'economia: decriminalizzazione e problemi di effettività*, a cura di De Vita, Napoli, 2002, p. 161.
- AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, p. 941.
- AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 151.
- AMODIO, *Il modello accusatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in *commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Amodio e Dominioni, vol. I, Milano, 1989, p. XXXVII.
- AMODIO, *Le misure coercitive nella procedura penale vivente*, in *Quest. giust.*, 1995, p. 16.
- AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 333.
- ANGIOLINI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Enc. dir.*, Milano, vol. II, 1989, p. 439.
- ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995, p. 247.

- APRILE, *Brevi note su alcune questioni interpretative in tema di interrogatorio della persona sottoposta a misura cautelare personale*, in *Nuovo dir.*, 1996, p. 467.
- ASTROLOGO, *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, p. 1003.
- ASTROLOGO, *Interesse e vantaggio quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs. n. 231/2001*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 649.
- ATTILI, *Intervento al Convegno "Responsabilità degli enti"*, Jesi, 10-11 maggio 2007.
- BALDUCCI, *Misure cautelari interdittive e strumenti riparatorio-premiali nel nuovo sistema di responsabilità "amministrativa" a carico degli enti collettivi*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 571.
- BARBERA, *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, in *I.*, 1962, p. 144.
- BARBERA, *Sub art. 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, p. 53.
- BARBUTO, *La responsabilità amministrativa della società per i reati commessi a suo vantaggio*, in *Impresa c.i.*, 2001, p. 930.
- BARGIS, *Disposizioni per l'efficacia e l'efficienza dell'amministrazione della giustizia e in materia di sicurezza dei cittadini*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale. Appendice di aggiornamento*, a cura di Conso-Grevi, Padova, 2001, p. 19.
- BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.
- BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione*, Padova, 1953.
- BARILE., voce *Associazione (diritto di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, p. 839.
- BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in AA. VV., *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di Giostra e Illuminati, Torino, 2001, p. 377.
- BARTOLI, *Sanzioni punitive e garanzie (a proposito della sentenza costituzionale sulla decurtazione dei punti della patente)*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1096.
- BASSI, *La costituzione in giudizio dell'ente con specifico riguardo alle procedure incidentali innanzi al tribunale del riesame*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, n. 3, p. 40.
- BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Atti del Convegno di Firenze (15-16 marzo 2002), a cura di Palazzo, Padova, 2003, p. 35.
- BASTIA, *I modelli organizzativi*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano, 2005, p. 133.

- BERNARDI, *I tre volti del diritto penale europeo*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, a cura di Picotti, Milano, 1999, p. 41.
- BETTIOL, *La regola "in dubio pro reo" nel diritto e nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1937, p. 250.
- BETTIOL, *Presunzioni ed onere della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1936, p. 252.
- BOLAFFI, *L'eccezione nel diritto sostanziale*, Milano, 1936, p. 113.
- BONAZZI, *Dire, fare, pensare. Decisioni e creazioni di senso nelle organizzazioni*, F. Angeli, 1999.
- BONINI, *Le riforme alla materia cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 960.
- BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 274.
- BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 956.
- BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I: *Nozioni ed aspetti costituzionali*, 1965, Bologna, p. 87.
- BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in AA.VV., *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, a cura di De Acutis-Palombarini, Padova, 1984, p. 73.
- BUZZELLI, *Chiamata in correità ed indizi di colpevolezza ai fini delle misure cautelari nell'insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2837.
- CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del sec. XVIII*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di Pessina, 1906, p. 94.
- CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano, 1999.
- CANZIO, I poteri di cognizione e di decisione del giudice "preliminare", in tema di libertà personale: una rilettura del quadro normativo, in *Leg. pen.*, 1999, p. 567.
- CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio: l'archiviazione conseguente al rigetto della richiesta cautelare*, in AA. VV., *Inchiesta penale e pre-giudizio*, a cura di Marchetti, Torino, 2007.
- CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia. Mercato, regole e controllo penale nella postmodernità*, Padova, 2002.
- CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, 1951, p. 695.
- CASTELLANA, *Diritto penale dell'Unione europea e principio «societas delinquere non potest»*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, p. 790.

- CATTANEO, *Servizi di pubblica necessità (tutela penale dei)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, p. 356.
- CERESA-GASTALDO, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, 2002.
- CERESA-GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993.
- CERESA-GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, in VINCIGUERRA - CERESA-GASTALDO - ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004, p. 144.
- CERESA-GASTALDO, *Sostituzione e ripristino della custodia cautelare dopo la scarcerazione*, in *Il decreto antiscarcerazioni*, a cura di Bargis, Torino, 2001, p. 31.
- CERNUTO, *Sub art. 15 d.lgs. 231/2001*, in AA. VV., *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, Napoli, 2007, p. 150.
- CERQUA, *Sanzioni interdittive. Applicazione anticipata e misure cautelari*, in *Dir. e pratica soc.* 2005, n. 2, p. 57.
- CHANDLER, *The visible hand. The managerial Revolution in American Business*, Cambridge (MA), 1977.
- CHIAVARIO, *Art. 6: diritto ad un giusto processo*, in AA.VV., *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole-Conforti-Raimondi, Padova, 2001, p. 153.
- CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969.
- CHIAVARIO, *Sub art. 273 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, III, Torino, 1990, p. 36.
- CHIAVARIO, *Sub art. 275 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, III, Torino, 1990, p. 66.
- CHIMICHI, *Il processo penale a carico degli enti: il quantum della prova della colpa di organizzazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 617.
- CHIODI, *"Delinquere uti universi". Scienza giuridica e responsabilità penale delle Universitates tra XII e XIII secolo*, in *Studi di storia del diritto*, III, 2001, p. 91.
- CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Roma, 1935.
- CIANI, *Sub art. 291 c.p.p.*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, III, Padova, 1990, p. 163.
- CIPOLLA E., *Alfredo Rocco ed i nuovi codici penali*, in *I codici penali nel primo decennio di attuazione*, a cura di Procura generale del Re imperatore della Corte suprema di cassazione, I, Roma, 1942.

- COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 2004, p. 107.
- COMPAGNA, *L'applicazione di misure cautelari nei confronti degli enti collettivi*, nota a Trib. Milano, 28 aprile 2004, in *Giur. mer.*, 2005, p. 1616.
- CONFALONIERI, *Il controllo giurisdizionale sulla custodia cautelare. Modello italiano e modello francese a confronto*, Padova, 1996.
- CONSIGLIO, *La prova delle esimenti*, in *Critica pen.*, 2005, p. 86.
- CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, rist., 1982.
- CONSO, *La collegialità del g.i.p.: un'ipotesi praticabile?* in *Dir. proc. pen.*, 1996, p. 401.
- CONTI C., *Al di là del ragionevole dubbio*, in AA. VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, a cura di Scalfati, Milano, 2006, p. 110.
- CONTI G., *Decreto antiscarcerazione: celerità processuale e controlli nell'esecuzione della pena. Modifiche al codice di procedura penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 309.
- CONTI L., *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Abbandonato il principio societas delinquere non potest?*, in a cura di L. Conti, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 2001, p. 866.
- COPPETTA, *La riparazione per ingiusta detenzione*, Padova, 1993.
- CORAPI, *La nomina del commissario giudiziale*, in Atti del Convegno su *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, Roma, 2001, in *Cass. pen.*, suppl. al n. 6, 2003, p. 140.
- CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1985.
- CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003.
- CORINI, *Le modifiche dello status libertatis ex art. 276 del codice di procedura penale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1990, p. 264.
- CRISTIANI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Torino, 1995.
- D'URSO *Persona giuridica e responsabilità penale. Note storico-giuridiche a proposito di recenti riforme*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 29, Milano, 2000, p. 543.
- DE FARIA COSTA, *Contributo per una legittimazione della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1246.
- DE FRANCESCO, *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 754.
- DE MAGLIE, *In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 349;
- DE MAGLIE, *L'etica e il mercato, la responsabilità penale delle società*, Milano, 2002.

- DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1348.
- DE MARSICO, *La difesa sociale contro le nuove forme di delitto collettivo*, in *Studi di diritto penale*, 1930, Napoli, p. 63.
- DE MARZO, *La delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 107.
- DE MARZO, *Le sanzioni amministrative: pene pecuniarie e sanzioni interdittive*, in *Le Società*, 2001, p. 1308.
- DE SIERVO, *Sub artt. 22-23 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1978, p. 9.
- DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità cd. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, p. 57.
- 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 Garuti, Padova, 2002, p. 3.
- DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1141.
- DE VITA, *La "crisi di razionalità" dell'opzione punitiva nel diritto penale dell'economia*, in *Il nuovo sistema sanzionatorio del diritto penale dell'economia tra depenalizzazione e problemi di effettività*, Napoli, 2002.
- DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, (1930), ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, 1976.
- DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, in AA. VV., *Procedure penali d'Europa*, a cura di Delmas-Marty e Chiavario, Padova, 2001, p. 157.
- DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano, 2005, p. 533.
- DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 865.
- DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994.
- DI GERONIMO, *La cassazione esclude l'applicabilità alle imprese individuali della responsabilità da reato prevista per gli enti collettivi: spunti di diritto comparato*.



- DI GERONIMO, *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione dei modelli organizzativi post-factum ed il commissariamento giudiziale nelle dinamiche cautelari*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 265.
- DI GERONIMO, *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione di modelli organizzativi post factum ed il commissariamento giudiziale nell'ambito delle dinamiche cautelari*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 261;
- DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano, 2005, p. 3.
- DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 10.
- DOMINIONI, *La presunzione d'innocenza*, in *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, p. 254.
- DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, p. 221.
- ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962.
- EPIDENDIO, *I modelli di organizzazione dell'ente*, in BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, p. 179.
- EPIDENDIO, *Le cause di non punibilità in senso lato come oggetto di prova nel c.p.p. 1930 e nel c.p.p. 1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 639.
- EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, in BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2005, p. 379.
- EPIDENDIO, *Le sanzioni*, in BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2005, p. 275.
- ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954.
- ESPOSITO, *Libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958.
- FERRAIOLI M., *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, 2° ed., Padova, 2001.
- FERRUA, *Il "giusto" processo tra modelli regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p.401.
- FERRUA, *Il processo penale contro gli enti, incoerenze de anomalie nelle regole di accertamento*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, p. 223.
- FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *Dir. giust.*, 2001, n. 29, p. 8.

- FERRUA, *Poteri istruttori del pubblico ministero e nuovo garantismo: un' inquietante convergenza degli estremi*, in GREVI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano, 1996, p. 110.
- FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001.
- FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2004.
- FIDELBO, *La disciplina delle misure cautelari nella responsabilità amministrativa degli enti*, Relazione all'incontro di studio organizzato dal C.S.M.: *La responsabilità da reato degli enti giuridici*, 14 luglio 2004.
- FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano, 2005, p. 389.
- FIDELBO, *Le misure cautelari*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, p. 455.
- FIDELBO, *Le misure cautelari*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano, 2005, p. 456.
- FIGLIOLA, *Intervento*, in *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza e del Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze (15-16 marzo 2002), Padova, 2002, p. 5.
- FIGLIOLA, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in FIGLIOLA-LANCELLOTTI, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato*, Torino, 2003, p. 3.
- FIGLIOLA, *L'attualità del principio «societas delinquere non potest»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 18.
- FIGLIOLA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di metamorfosi della sanzione penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1398.
- FIGLIOLA, *Delle prove penali*, Milano, 1961.
- FIGLIOLA, *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, II ed., Milano, 1965.
- FIGLIOLA C. *Il sistema sanzionatorio e cautelare. Riflessioni sull'effettività*, in AA.VV., *Il processo de societate*, a cura di Bernasconi, Milano, 2007, p. 105.
- GALANTINI, *Profili della giustizia penale francese*, 2° ed., Torino, 1995.
- GALGANO, *Sub artt. 36-38 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, I, Bologna-Roma, p. 20.
- GARAVELLI, *Art. 127 c.p.p.*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, Torino, 1990, p. 97.
- GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 269.

- GARUTI, *La gravità degli indizi nei provvedimenti de libertate*, in *Giur. it.*, 1993, II, p. 627.
- GENNAI- TRAVERSI, *La responsabilità degli enti*, Milano, 2001, p. 55.
- GIARDA, *Sub art. 44 d.lgs. 231/2001*, in AA. VV., *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, a cura di Giarda-Mancuso-Spangher-Varraso, Napoli, 2007, p. 513.
- GIARDA, *Un legislatore delegato disinvolto e qualche dubbio di costituzionalità*, in AA. VV., *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, a cura di Giarda-Mancuso-Spangher-Varraso, Napoli, 2007, p. 294.
- GIAVAZZI S., *Le sanzioni interdittive e la pubblicazione della sentenza di condanna*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Napoli, 2002, p. 124.
- GIAVAZZI S., *Sub art. 17 d.lgs. 231/2001*, in *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, a cura di Giarda-Mancuso-Spangher-Varraso, Napoli, 2007, p. 157.
- GIOSTRA, *Art. 8 legge 8 agosto 1995, n. 332*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale*, Padova, 1995, p. 126.
- GIOSTRA, *Commento all’art. 1 D.P.R. 488/1988*, in AA. VV., *Il processo minorile*, a cura di Giostra, Milano, 2001, p. 10.
- GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del) – Diritto processuale penale*, in *Enc. Treccani*, agg. X, 2002, p. 1 ss; GIUL. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 27 s.
- GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa, La responsabilità degli enti un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, Atti dell’incontro di studio di Pisa, 29 novembre 2001, a cura di de Francesco, Torino, 2004, p. 41,
- GRANT, *L’analisi strategica delle decisioni aziendali*, Bologna, 1999.
- GREVI, *Garanzie difensive e misure cautelari personali*, in AA. VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Milano, 1997, p. 93.
- GREVI, *Il sistema delle misure cautelari personali nel nuovo codice di procedura penale*, in *La libertà personale dell’imputato verso il nuovo processo penale*, a cura di Grevi, Padova, 1989, p. 270.
- GREVI, *La nuova disciplina in materia di formazione e di valutazione della prova (l. 1 marzo 2001, n. 63)*, *Compendio di procedura penale. Appendice di aggiornamento (al 1° giugno 2001)*, a cura di Conso-Grevi, Padova, 2001, p. 99.
- GREVI, *Misure cautelari*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, Padova, 2006, p. 363.
- GREVI, *Misure cautelari*, in AA.VV., *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso e Grevi, Padova, 1991, p. 221.
- GROSSI, *Miti giuridici della modernità*, Milano, 2001.

- GROSSO C. F., *Commento a G.i.p. Trib. Milano, 9.3.2004*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 1335;
- GROSSO C. F., voce “*Responsabilità penale*” in *Novissimo dig. it.*, XV, 1968, Torino, p. 710.
- GUARINO, *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, 1967, I.
- GUERNELLI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo interno dopo il d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Studium iuris*, 2002, p. 290.
- HEINTZ, in *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages. Bd. I (Guteachen)*, 1953, p. 67.
- IACOVIELLO, *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3872.
- ILLUMINATI, *Commento all'art. 3 della legge 8 agosto 1995, n. 332*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, p. 64.
- ILLUMINATI, *La «pericolosità dell'imputato» nella motivazione dei provvedimenti cautelari*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 2272.
- ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979.
- ILLUMINATI, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, p. 6.
- ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in GREVI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano, 1996, p. 110.
- ILLUMINATI, *Relazione*, in AA. VV. *G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?* (Atti dell'incontro di studio di Firenze, 7 maggio 1996), Napoli, p. 21.
- ILLUMINATI, *Sub art. 307 c.p.p.*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, Torino, 1990, p. 245.
- INSOLERA, *Intervento al Seminario di studi del ciclo “Lavori in corso” su “L'ammissibilità della costituzione di parte civile nel processo penale a carico degli enti ex d.lgs. 231/01”*, Bologna, 11 marzo 2008.
- KREMNITZER, *Die Strafbarkeit von Unternehmen*, in *ZStW*, 2001, p. 551.
- LANCELLOTTI, *I modelli organizzativi*, in FIORELLA-LANCELLOTTI, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato*, Torino, 2003, p. 23.

- LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive (Studi ec. giur. Fac. giur. Univ. Cagliari)*, 1953.
- LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1970.
- LECIS-PERRONE, *Partecipazione alle gare d'appalto e misure cautelari ex d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, n. 3, p. 7.
- LIOTTA, *Onore (diritto all')*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1958, p. 205.
- LONGHI, *La persona giuridica come soggetto di responsabilità penale*, in *Riv. pen.*, 1906, p. 403.
- LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche; profili processuali del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2529.
- LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, p. 127.
- LOZZI, «*Favor rei*» e processo penale, Torino, 1968.
- LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2006.
- LUNGHINI, *L'idoneità e l'efficace attuazione dei modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001*, in AA. VV., *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, a cura di Monesi, Milano, 2004, p. 250.
- MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d. lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 888.
- MALINVERNI, *La riforma del processo penale*, Torino, 1970.
- MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 1985.
- MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1111.
- MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, IV ed., 2001.
- MANZIONE, *Sub art. 291 c.p.p.*, in *Commentario al codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, III agg., Torino, p. 166.
- MARANDOLA, *Riesame o appello per l'ordinanza «disposta» a norma dell'art. 300 comma 5 c.p.p.?* nota a Cass., 12 febbraio 2002, Leuzzo, in *Cass. pen.*, 2003, p. 559.
- MARINUCCI, *Il reato come azione*, Milano, 1970.
- MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 445.
- MARINUCCI, «*Societas puniri potest*»: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1193.
- MARZADURI, «*Custodia cautelare (dir. proc. pen.)*», in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, p. 285.

- MARZADURI, *Commento all'art. 2 l. 16 luglio 1997, n. 234*, in *Leg. pen.*, 1997, p. 755.
- MARZADURI, *Giusto processo e misure cautelari*, in AA. VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di Kostoris, Torino, 2002, p. 271.
- MARZADURI, *Legge 26.03.2001 n. 128 (tutela della sicurezza) – art. 14*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 461 s.
- MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1989, p. 59.
- MARZADURI, *Sub art. 530 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, Torino, 1990, p. 525.
- MASSA, *Il dubbio sulle cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 117.
- MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001.
- MEREU, *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 27.
- MESTICA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Roma, 1933.
- MICHAUD-QUANTIN, Universitas, *Expression du Mouvement Communautaire dans le Moyen-Age Latin*, 1970, p. 328.
- MONACO, *Il pubblico ministero attore necessario del procedimento cautelare*, in *Giur. it.*, 1996, II, p. 7.
- MORELLI L., *Il sistema cautelare: vicende evolutive. Cautele reali*, in AA. VV., *Il processo penale de societate*, a cura di Bernasconi, Milano, 2007 p. 171.
- MORSELLI, *Libertà personale, “giusto processo” e contraddittorio anticipato: prospettive de iure condendo*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1302.
- MOSCARINI, *Le cautele interdittive penali contro gli enti*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 1126.
- MURA, *Le misure cautelari personali*, in *Quad. CSM*, 1989 (28), p. 135.
- MUSCO, *Intervento al Convegno “La responsabilità amministrativa degli enti”*, Ravenna, 30 marzo 2007.
- MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. giust.*, 2001, n. 23, p. 82.
- MUSCO, *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Il giusto processo*, 2002, n. 4, p. 119.
- NACAR, *Una felice – ma discutibile - “operazione garantista” della Cassazione*, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 1521.
- NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2007.

- NISCO, *Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni sui criteri ascrittivi soggettivi e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia delle società*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2004, p. 295.
- NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998.
- NOBILI, Sub art. 190 c.p.p., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, II, Torino, p. 404.
- NUZZO, *Appunti sugli aspetti probatori e sulle decisioni finali concernenti l'illecito amministrativo dipendente da reato*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2001, p. 460.
- NUZZO, *Le misure cautelari*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1486.
- ORESTANO, *Il problema delle «persone giuridiche» in diritto romano*, Torino, 1968.
- ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, p. 135.
- PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXIV, p. 289.
- PACE, Sub art. 18 Cost., in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, p. 221.
- PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967.
- PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Milano, 2004.
- PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi. La responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, a cura di De Francesco, Torino, 2001, p. 17.
- PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 439.
- PALIERO, *Intervento al Convegno "La responsabilità degli enti"*, Jesi, 10-11 maggio 2007.
- PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 1191.
- PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231: da ora in poi societas delinquere et puniri potest*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 845.
- PANZAVOLTA, *Diritto e processo nel nuovo reato di ingiustificato trattenimento del clandestino*, in *Giur. mer.*, 2003, p. 2235.
- PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi" da reato (d.lgs. 231/2001)*, Torino, 2005.
- PASCULLI, *Questioni insolute ed eccessi di delega nel d. l.vo n. 231/01*, in *Riv. pen.*, 2002, p. 743.
- PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 187.

- PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 680.
- PECORELLA C., *Societas delinquere non potest*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 367.
- PELISSERO-FIDELBO, *La “nuova” responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 583.
- PERONI, *Cautele penali interdittive e diritti fondamentali della persona*, in AA.VV., *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, Padova, 2007, p. 513.
- PERONI, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, Milano, 1992.
- PERONI, voce *Misure interdittive (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Milano, IV agg., 2000, p. 739.
- PERONI, *Il sistema delle cautele*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, p. 243.
- PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1355.
- PIERGALLINI, *Intervento al convegno “La responsabilità amministrativa degli enti”*, Jesi, 10-11 maggio 2007.
- PIERGALLINI, *L’apparato sanzionatorio*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2005, p. 173.
- PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri potest: la fine tradiva di un dogma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 582.
- PRETE, *Le misure cautelari nel processo contro gli enti*, in FIORELLA-LANCELOTTI, *La responsabilità dell’impresa per i fatti di reato*, Torino, 2003, p. 319.
- PRIMICERIO, *Profili applicativi del procedimento cautelare in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1295.
- PULITANÒ, *Criteri di imputazione all’ente della responsabilità da reato*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del d.lgs. 231/2001. Atti del Convegno di Bari, 26-27 maggio 2006*, a cura di Spagnolo, Milano, 2006, p. 31.
- PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005.
- PULITANÒ, *La responsabilità «da reato» degli enti nell’ordinamento italiano*, in *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in *Cass. pen.*, 2003, supplemento al n. 6/2003, p. 26.
- PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 417.
- PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, Milano, agg. 2000, p. 956.



- QUAGLIERINI, *In tema di onere della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1272.
- RANALDI, *Il contraddittorio anticipato in materia de libertate: ratio e profili di una proposta operativa "possibile"*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1165.
- RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966.
- RIVIEZZO, *Pacchetto sicurezza*, Milano, 2001.
- ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, 1995, Milano.
- ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 398.
- ROMANO, *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1036.
- RORDORF, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 79.
- ROSSI VANNINI, *Illecito depenalizzato-amministrativo. Ambito di applicazione*, Milano, 1990.
- ROSSI, *I crack arriveranno in Europa e faranno saltare i conti pubblici*, Intervista su *La Repubblica* del 26 giugno 2002, p. 13.
- RUGGIERO G., *Capacità penale e responsabilità degli enti*, Torino, 2004.
- RUGGIERO G., voce *Punibilità*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano.
- SANDULLI M. A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983.
- SANTAMARIA, voce *Colpevolezza*, in *Enc. dir.*, Milano, p. 646.
- SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese*, Milano, 2004.
- SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940.
- SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, II, Roma-Napoli, 1988.
- SCORDAMAGLIA, *L'applicazione provvisoria di pene accessorie*, Napoli, 1980.
- SENOFONTE, *Il fatto impeditivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978.
- SERRAINO, *Il problema della configurabilità del concorso di persone a titoli soggettivi diversi* (nota a Cass., sez. IV, 9 ottobre 2002), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 453.
- SGUBBI, *Intervento al Convegno "La responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001"*, Ravenna, 17 novembre 2007.
- SICA, *L'associazione nella Costituzione italiana*, Napoli, 1957.
- SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983.
- SIRACUSANO, *I provvedimenti penali e le motivazioni implicite, per relationem, e sommarie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, p. 361.

- SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959.
- SPANGHER, *Appello o riesame per la misura ripristinata?*, nota a Cass., 12 aprile 1996 n. 1585, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1447.
- SPANGHER, *Più rigore - e legalità - nella valutazione dei gravi indizi per l'applicazione delle misure cautelari personali*, in AA. VV., *Giusto processo. Nuove norma sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)*, a cura di Tonini, Padova, 2001, p. 422.
- SPANGHER, *Relazione*, in AA. VV. *G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?* (Atti dell'incontro di studio di Firenze, 7 maggio 1996), Napoli, p. 41.
- STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, p. 459.
- STELLA, *Il mercato senza etica*, in DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002, p. VII.
- STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla «punibilità»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, I, p. 396.
- TASSINARI, *La responsabilità degli enti. Quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 7.
- TESORIERO, *Sull'ammissibilità della costituzione di parte civile contro gli enti nel processo a loro carico*, in corso di pubblicazione su *Cass. pen.*
- TIEDEMANN, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 625.
- TONINI, *Manuale di procedura penale*, VIII ed., 2007.
- TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel d. lgs. 231/2001: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in *Le soc.*, 2001, p. 1035.
- UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1985.
- VALENTINI E., *Deposito del dossier cautelare ed interrogatorio di garanzia*, in *Cass. pen.* 2004, p. 189.
- VALENTINI E., *Interferenze inedite tra la vicenda cautelare e l'esercizio dell'azione penale: il comma 1 bis dell'art. 405 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 4272.
- VARRASO, *Sub art. 49 d.lgs. 231/2001*, in AA. VV., *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di Giarda-Mancuso-Spangher-Varraso, Napoli, p. 394.
- VARRASO, *Sub art. 52 d.lgs. 231/2001*, in AA. VV., *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di Giarda-Mancuso-Spangher-Varraso, Napoli, p. 405.

- VASSALLI, *Sulla illegittimità costituzionale dell'art. 57, n. 1*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 217 ss.
- VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, p. 609.
- VICOLI, *Precedenti e fonti normative*, in AA. VV., *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di Giostra e Illuminati Torino, 2001, p. 3.
- VIGGIANO, *Cautele e merito*, Padova, 2004.
- VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, in VINCIGUERRA – CERESA-GASTALDO - ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D.Lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2004, p. 17.
- VITTORINI G., *Il procedimento applicativo*, in AMODIO, *Nuove norme*, p. 33.
- VOENA, *Atti*, in CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2006, p. 163.
- VOLK, *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli, 1998.
- VOLK, *La responsabilità di enti collettivi nell'ordinamento tedesco*, in *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza e del Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze (15-16 marzo 2002), Padova, 2002, p. 191.
- VOLK, *La responsabilità penale degli enti collettivi*, in *Crit. dir.* 2002, p. 230.
- VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen rechts*, Berlin, 1840.
- ZAGREBELSKY V., *La convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. 6, p. 31.
- ZANETTI, *La riparazione dell'ingiusta custodia cautelare*, Padova, 2002, p. 178.
- ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, in AA. VV., *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, Milano, 1995, p. 72.