

# SP

SISTEMA  
PENALE

**FASCICOLO**

**10/2025**

**COMITATO EDITORIALE** Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti.

**COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI)** Andrea Abbagnano Trione, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiaro, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Dèsirèe Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia.

**REDAZIONE** Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Dario Albanese, Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Patrizia Brambilla, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Elisa Grisonich, Alessandro Malacarne, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Pontepino, Sara Prandi, Tommaso Trinchera.

*Sistema penale (SP)* è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

**Peer review** I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

**Modalità di citazione** Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

## LA PROVA DICHIARATIVA NEL PROCEDIMENTO PENALE A CARICO DELL'ENTE

di Giulia Cascone

*Lo scritto analizza le molteplici contraddizioni normative e le possibili tensioni con i principi costituzionali derivanti dall'ambigua formulazione dell'art. 44 d.lgs. n. 231 del 2001. Unica disposizione del decreto in materia di prove, tale articolo genera dubbi interpretativi che non si limitano alla controversa questione del diritto al silenzio dell'ente e che complicano notevolmente il tentativo di ricondurre le varie norme che lo compongono a un paradigma di complessiva razionalità.*

SOMMARIO: 1. Quando l'ambiguità normativa è strategica: l'art. 44 d.lgs. n. 231/2001 tra regole enunciate e sottintese. – 2. L'ente e il suo legale rappresentante. – 3. *Ratio* e confini della limitata ipotesi di incompatibilità a testimoniare del rappresentante legale dell'ente. – 4. L'equivoca posizione del rappresentante legale cessato dall'incarico. – 5. Le modalità di acquisizione del contributo dichiarativo del rappresentante incompatibile. – 6. Il rappresentante dell'ente che non fosse tale anche al *tempus commissi delicti*: la *vexata quaestio* del diritto al silenzio dell'ente. – 7. L'inquadramento costituzionale e le soluzioni possibili.

### 1. Quando l'ambiguità normativa è strategica: l'art. 44 d.lgs. n. 231/2001 tra regole enunciate e sottintese.

L'articolo 44 del d.lgs. n. 231 del 2001<sup>1</sup> rappresenta l'unica disposizione in materia probatoria di tutto *corpus normativo* che disciplina la responsabilità da reato dell'ente. Vi si individuano due ipotesi di incompatibilità a testimoniare: quella del soggetto imputato del reato presupposto e quella del rappresentante legale dell'ente indicato nella dichiarazione di costituzione *ex art.* 39 del decreto e che fosse tale anche al momento della commissione del reato.

La scelta di introdurre una disposizione *ad hoc* in materia probatoria tradisce l'intenzione di attribuire alla norma un suo peso specifico nella sistematica del "microcodice" rappresentato dalle disposizioni processuali del decreto integrate da quelle del codice di rito.

Il tenore degli artt. 34 e 35 del decreto, in effetti, avrebbe probabilmente reso superflua un'apposita disciplina in materia di incompatibilità a testimoniare. L'obbligo testimoniale in capo al soggetto imputato del reato presupposto si sarebbe già potuto scongiurare con l'applicazione dell'articolo 197 c.p.p.<sup>2</sup>, mentre le dichiarazioni rese

<sup>1</sup> D'ora in poi, anche "decreto".

<sup>2</sup> *Ex multis*, G. FIDELBO, *Testimonianza: casi di incompatibilità*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010, p. 491, secondo il quale, però, essendo l'articolo

dall'ente (per il tramite del suo legale rappresentante) si sarebbero potute acquisire tramite la disciplina codicistica prevista per l'esame dell'imputato. L'articolo 35 del decreto, infatti, espressamente equipara il soggetto collettivo all'imputato, sancendo l'applicabilità all'ente delle disposizioni processuali a quest'ultimo riferite, in quanto compatibili. La disposizione, che si pone quale regola di generale equiparazione dei diritti dell'ente a quelli dell'imputato, ovviamente in quanto non sia diversamente sancito<sup>3</sup>, avrebbe rafforzato il risultato positivo di quel vaglio di compatibilità che, già consentito dall'articolo 34 del decreto, avrebbe travasato nel procedimento a carico dell'ente tutte le prerogative difensive dell'imputato e, centralmente, il diritto al silenzio.

Sarebbe, tuttavia, risultato problematico il raggiungimento dell'obiettivo realmente sotteso alla norma, e cioè l'esclusione del rappresentante legale dell'ente dai soggetti incompatibili a testimoniare. La lett. b) dell'articolo 44 del decreto orienta, infatti, l'interprete verso un ragionamento *a contrario* da cui deriva, quale corollario, l'obbligo testimoniale del rappresentante legale dell'ente, e, dunque, l'esclusione del diritto al silenzio di quest'ultimo<sup>4</sup>.

La formulazione della norma, figlia di una tecnica legislativa che non spicca certo per chiarezza, è valsa all'art. 44 la qualifica di "rompicapo" normativo<sup>5</sup>. A ragione, perché i dubbi interpretativi che la disposizione pone sono tanti e tali da estendersi anche al di là del recinto del diritto dell'ente a serbare il silenzio. Questa rappresenta, probabilmente, la questione interpretativa più rilevante tra quelle schiuse dalla disposizione, ma non l'unica.

Trainato dall'obiettivo di realizzare un sistema di accertamento più attento alla scoperta della verità<sup>6</sup> che ai modi attraverso cui la ricerca è condotta e sgravato dal peso di un corpo in carne ed ossa su cui far ricadere le conseguenze del reato, il legislatore ha messo a punto una norma densa di contraddizioni e difficilmente riconducibile a un paradigma di complessiva razionalità.

---

197 c.p.p. norma eccezionale rispetto al generalizzato obbligo di testimoniare, si è voluto scongiurare il timore di un'interpretazione che potesse considerarsi estensiva.

<sup>3</sup> A proposito dell'art. 35, si è sostenuto anche che la norma implichi l'estensione automatica all'ente di ogni previsione che comporti un *quid pluris* di garanzie per la persona fisica. In questo senso, H. BELLUTA, *Le disposizioni generali del processo all'ente, tra richiami codicistici e autonomia di un sistema in evoluzione*, in A. BERNASCONI (a cura di), *Il processo penale de societate*, Giuffrè, 2006, p. 27.

<sup>4</sup> V. §§ 6 e 7. Sul tema, da ultimo, A. KELLER, [Il diritto al silenzio dell'ente accusato ai sensi del d.lgs. 231/01](#), in questa *Rivista*, 6 ottobre 2023, e N. DIPACO, *Il "contributo dichiarativo" da parte dell'ente: l'articolo 44 e il diritto al silenzio*, in *Resp. amm. soc.*, 2020, 3, p. 217 ss.

<sup>5</sup> L'espressione è di A. BERNASCONI, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, 2002, p. 305.

<sup>6</sup> F.R. DINACCI, *La dimensione probatoria e del diritto al silenzio nella disciplina della responsabilità da reato degli enti. Verso letture "osservanti" dei principi*, in *Arch. Pen.*, 2022, 1, pp. 3 ss.

## 2. L'ente e il suo legale rappresentante.

Al momento dell'approvazione della l. n. 300 del 2000, il sistema penale italiano si presentava alla stregua di una maschera che ben calzava alla sola persona fisica. I suoi istituti, i suoi principi e i suoi stessi meccanismi procedurali hanno dovuto subire un rimodellamento per potersi attagliare alla più complessa fisionomia dell'ente.

Il maggiore e più evidente ostacolo nel quale il legislatore è incorso è senz'altro quello della natura non antropomorfa del soggetto collettivo, che ha imposto la predisposizione di una disciplina *ad hoc* per alcuni istituti di diritto tanto sostanziale, quanto processuale penale.

Si è reso necessario individuare un tramite per la partecipazione al procedimento dell'ente indagato o imputato e questo è stato rinvenuto nella figura del rappresentante legale indicato nell'atto di costituzione richiesto dall'articolo 39 del decreto.

Al primo comma, la disposizione esclude che la costituzione dell'ente possa effettuarsi tramite il soggetto imputato – nonché indagato, in virtù dell'estensione operata dall'articolo 61 c.p.p. – del reato da cui dipende l'illecito amministrativo. La ragione dell'esclusione è duplice<sup>7</sup>. Anzitutto, vista la configurazione dei criteri di imputazione del reato dell'apicale all'ente contenuta nell'art. 6 del decreto, l'imputato (o indagato) del reato presupposto è portatore di interessi confliggenti con quelli della persona giuridica e, dunque, è inidoneo a rappresentarlo in giudizio, stante l'inconciliabilità delle strategie difensive dei due soggetti<sup>8</sup>. In secondo luogo, la norma tutela la persona fisica accusata del reato dal rischio di autoincriminazione derivante dalla attiva partecipazione al procedimento a carico dell'ente, che, fra l'altro, dovrebbe essere riunito al suo ai sensi dell'articolo 38 del decreto. Stando alla giurisprudenza di legittimità, il conflitto di interessi è presunto *iuris et de iure*<sup>9</sup>. Di conseguenza, non va effettuata alcuna valutazione in concreto circa la sua esistenza e il giudice non ha alcun obbligo di motivazione sul punto.

Individuato il suo rappresentante nei limiti previsti dall'articolo 39, comma 1, del decreto, l'ente può costituirsi nel procedimento depositando nella cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente una dichiarazione contenente, fra l'altro,

---

<sup>7</sup> *Ex multis*, A. BASSI, *Disposizioni generali sul procedimento*, in A. BASSI – T.E. EPIDENDIO (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, 2006, p. 533.

<sup>8</sup> Sul conflitto di interessi immanente al rapporto tra l'autore del reato presupposto e l'ente, *ex multis*, M.L.A. DI BITONTO, *Il diritto di difesa dell'ente in relazione a quello della persona fisica: contrasto con il principio di uguaglianza-ragionevolezza?*, in A. MANNA (a cura di), *Il sistema penale in materia di sicurezza sul lavoro*, Wolters Kluwer, 2023, 705 ss.

<sup>9</sup> Sez. VI, 28 ottobre 2009, n. 41398, Caporello, in C.E.D., nn. 244407 e 244408, nonché in *Cass. pen.*, 2010, p. 1377, con nota di G.L. VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente nel procedimento penale a suo carico: tra vuoti normativi ed "eterointegrazione" giurisprudenziale*, nonché *ivi*, 2011, p. 243 ss., con nota di R. PUGLISI, *Processo agli enti: il rappresentante incompatibile non può nominare il difensore*; Sez. Un., 28 maggio 2015, Gabrielloni, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 51ss, con nota di E. GALLUCCI, *Modalità di esercizio delle facoltà difensive da parte dell'ente indagato. La suprema corte individua una soluzione ragionevole e rispettosa dei diritti dell'ente*, e di G.L. VARRASO, *Il "compromesso" delle Sezioni unite in tema di costituzione ed esercizio dei diritti difensivi dell'ente "incolpato" nel procedimento de societate*.

l'indicazione della procura speciale conferita al difensore nelle forme previste dall'articolo 100, comma 1, c.p.p.

La disciplina ricavabile dagli articoli 39 e 41 del decreto dà la misura dell'importanza del ruolo del rappresentante legale nel procedimento. La sua presenza assicura all'ente una "voce" propria nello svolgimento del rito.

Allo stesso tempo, però, la relazione tra l'ente e il suo rappresentante è connotata da una certa ambiguità: «da un punto di vista processuale, ci troviamo in presenza di una situazione caratterizzata da una divergenza tra l'assunzione della qualità di imputato e la capacità di agire dello stesso all'interno del procedimento»<sup>10</sup>.

E infatti, il decreto sembra ripudiare la scelta di una totale sovrapposizione dei due: il soggetto che rappresenta l'ente nel processo ha una natura ibrida, dal momento che, per un verso, impersona il soggetto collettivo; per altro verso, non coincide perfettamente con esso. Anche nel procedimento penale *de societate* il rappresentante legale e l'ente mantengono, dunque, soggettività giuridiche distinte<sup>11</sup>.

Le criticità maggiori derivanti da un simile assetto, si è già avuto modo di anticiparlo ma sul punto si tornerà ancora, si colgono soprattutto quando ci si muove nel campo delle garanzie e, in particolare, della estendibilità al rappresentante dell'ente di tutte quelle prerogative che sono tipiche dell'imputato.

### **3. Ratio e confini della limitata ipotesi di incompatibilità a testimoniare del rappresentante legale dell'ente.**

L'articolo 44, comma 1, lett. b) del decreto sancisce l'incompatibilità a testimoniare del rappresentante legale dell'ente, individuato nella dichiarazione di costituzione di cui all'articolo 39 del decreto, che fosse tale anche all'epoca della commissione del reato.

Si è sostenuto in dottrina che la *ratio* che ispira la disposizione è chiara<sup>12</sup> e duplice<sup>13</sup>. Da un lato, vi sarebbe la necessità di evitare che il rappresentante legale che fosse tale anche al momento della commissione del fatto di reato possa essere sottoposto a un obbligo di verità in relazione a fatti dai quali potrebbero emergere profili di responsabilità a suo carico. Non sfugge, infatti, come colui che rappresentava l'ente al *tempus commissi delicti* possa aver causato o contribuito a causare il *deficit* organizzativo che ha occasionato l'illecito. Dall'altro si sarebbe voluto evitare che fosse chiamato a testimoniare un soggetto non terzo rispetto alla vicenda processuale, in potenziale conflitto di interessi con la persona fisica imputata del reato (che si suppone essere

<sup>10</sup> G. GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, 2002, p. 284.

<sup>11</sup> L'osservazione è di A. BASSI, *Il giudizio ordinario*, in A. BASSI – T.E. EPIDENDIO (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, 2006, p. 647 e EAD., *Il rappresentante legale nel processo a carico dell'ente: una figura problematica*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, n. 3, p. 46.

<sup>12</sup> L. CAMALDO, *Il giudizio e le prove nel processo de societate*, in G. CANZIO – L. LUPARIA (a cura di), *Diritto e procedura penale delle società*, Giuffrè, 2022, p. 1412.

<sup>13</sup> A. BASSI, *Il giudizio ordinario*, cit., p. 650.

distinta dal rappresentante legale medesimo, che altrimenti sarebbe incompatibile ai sensi della lett. a) dell'art. 44 del decreto) e quindi plausibilmente indotto a tentare di scagionare se stesso e l'ente addossando ogni responsabilità all'individuo accusato della commissione dell'illecito penale.

In realtà, ricostruire il fondamento giustificativo della previsione di cui alla lett. b) dell'art. 44 del decreto è operazione tutt'altro che semplice. La norma, così formulata, schiude soluzioni interpretative contraddittorie, fra le quali non è affatto facile rinvenire un filo conduttore.

Quanto alla prima delle due *rationes* sopra riportate, essa non convince del tutto perché postulerebbe – volendo ragionare in termini di coerenza sistematica – un'estensione dell'ambito applicativo dell'incompatibilità a testimoniare anche al rappresentante legale che fosse tale al *tempus commissi delicti* ma abbia successivamente abbandonato l'incarico. Come si vedrà tra poco, invece, a costui la disposizione non accorda alcun tipo di esenzione dall'obbligo testimoniale.

Anche la seconda spiegazione non convince: suo corollario naturale sarebbe l'estensione dell'incompatibilità a testimoniare a ciascun rappresentante legale dell'ente, e non soltanto a quello che aveva già tale incarico quando fu commesso il fatto. Al contrario, è solo per quest'ultimo che il legislatore sancisce l'"incapacità" a ricoprire l'ufficio di testimone.

Si potrebbe, allora, pensare che la causa dell'incompatibilità risieda nella volontà legislativa di tutelare non solo la persona fisica, ma altresì l'ente da un rischio di autoincriminazione<sup>14</sup>. Lettura, questa, che risulterebbe confermata proprio dall'assoggettamento all'obbligo di verità del rappresentante legale cessato dall'incarico, sottoposto all'obbligo testimoniale pur in presenza di un rischio evidente di *self-incrimination*. Seguendo un ragionamento *a contrario*, sembrerebbe legittimo concludere che ciò che preme al legislatore nel sancire l'incompatibilità di cui alla lettera b) dell'articolo 44 del decreto sia non tanto la tutela della persona fisica (la cui compressione non si spiegherebbe alla luce della mera cessazione dell'incarico), quanto quella dell'ente e del suo diritto di difesa. Tale conclusione, però, sarebbe destinata a infrangersi dinanzi alla constatazione che l'incompatibilità non si estende anche al caso del nuovo rappresentante legale e proprio da ciò scaturiscono i mai sopiti dubbi di legittimità costituzionale della disposizione, su cui si dirà oltre.

La sensazione, insomma, è quella di dover coprire un ventaglio di possibilità troppo ampio con un manto troppo corto: ovunque lo si tiri, qualcosa rimane fuori. Ammesso che una qualche *ratio* sia rinvenibile nella disposizione, essa sarebbe limitata alla tutela il diritto a non autoincriminarsi del rappresentante legale dell'ente che fosse tale anche al momento della commissione del reato, ma solo nella limitata ipotesi in cui esso coincida con quello che riveste tale carica al momento della celebrazione del procedimento penale.

Peraltro, dalla disposizione sembra desumersi che l'incompatibilità a testimoniare sia circoscritta al rappresentante indicato nella dichiarazione di

---

<sup>14</sup> Così si legge nella Relazione ministeriale al decreto, p. 31.

costituzione di cui all'art. 39 del decreto. Il che schiude un'altra questione interpretativa di tutto rilievo, perché la norma pare implicare l'inoperatività dell'esclusione del rappresentante legale dall'ufficio testimoniale laddove l'ente non abbia depositato l'atto costitutivo<sup>15</sup>. Ne deriva un assetto criticabile per svariate ragioni.

Intanto, l'avvenuto deposito o meno dell'atto costitutivo non ha alcuna incidenza sulle ragioni sottese all'incompatibilità: il rischio di un'autoincriminazione che giustifica (*rectius*, che dovrebbe giustificare) l'esenzione dall'obbligo testimoniale non è né determinato né accresciuto dal deposito della dichiarazione di costituzione, che è adempimento di carattere formale. Senza contare, poi, che in tal modo si finisce per rimettere alla sola volontà dell'ente la scelta circa le modalità acquisitive delle dichiarazioni del suo rappresentante legale<sup>16</sup>, che verrebbero a dipendere dalle opzioni espresse dal soggetto collettivo al momento – eventuale – della costituzione che, peraltro, potrebbe avvenire in qualsiasi frangente. L'articolo 39 del decreto, infatti, non prevede alcun termine di decadenza per l'esercizio del diritto di costituirsi nel procedimento. L'ente, cioè, potrebbe depositare la dichiarazione di cui alla norma suddetta in qualsiasi momento e, laddove lo facesse successivamente all'audizione del rappresentante secondo la disciplina della testimonianza, si porrebbe altresì il problema di verificare che per le dichiarazioni da egli rese non sia sopravvenuta un'ipotesi di inutilizzabilità.

Inoltre – ed è questo il profilo maggiormente critico – il riferimento al rappresentante legale individuato nell'atto costitutivo conduce a escludere dal novero dell'incompatibilità a testimoniare ogni altro soggetto che, pur avendo la rappresentanza legale dell'ente fin dal momento di commissione del reato presupposto e conservandola nel corso del procedimento, tuttavia non sia nominato nell'atto di costituzione. Questa circostanza potrebbe prospettarsi, ad esempio, laddove, trattandosi di società, la rappresentanza sia attribuita, ex art. 2266 del codice civile, a tutti i soci amministratori<sup>17</sup>, o comunque laddove, per espressa statuizione dell'atto costitutivo, essa sia attribuita a due o più soggetti. In un caso del genere, laddove l'ente indichi un solo rappresentante per il processo, stabilire che l'incompatibilità operi solo per costui significa, anzitutto, privare del diritto al silenzio tutti gli altri – anche laddove fossero già rappresentanti quando fu commesso il reato; in secondo luogo, restringere ulteriormente il campo, già piuttosto esiguo, del diritto al silenzio dell'ente<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Cfr. G.L. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, 2012, p. 383, per il quale «non pare sostenibile, [...] forzando il dato normativo, che la situazione di incompatibilità si verifichi a prescindere dalla dichiarazione di costituzione».

<sup>16</sup> Lo sottolinea A. SCALFATI, *Le norme in materia di prova e di giudizio*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, 2002, p. 352. In termini, L. PAOLOZZI, *Relazione introduttiva*, in L. LUPARIA – L. MARAFIOTI – G. PAOLOZZI (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, Giappichelli, 2018, 17.

<sup>17</sup> L'art. 2266 c.c. sancisce che, in mancanza di diverse disposizioni contrattuali, la rappresentanza si estende a ciascun socio amministratore e a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale.

<sup>18</sup> Nel senso che una garanzia di diritto al silenzio simile a quella prevista a favore dei prossimi congiunti dall'art. 199 c.p.p. andrebbe introdotta anche a favore di coloro che pur non essendo rappresentanti legali dell'ente operino attivamente al suo interno, G. GARUTI, *Il processo agli enti: alcune riflessioni di sistema*, in *Resp.*

#### 4. L'equivoca posizione del rappresentante legale cessato dall'incarico.

Il decreto non individua alcuna causa di incompatibilità in capo al rappresentante che fosse tale al *tempus commissi delicti*, ma che non abbia mantenuto tale qualifica anche durante la celebrazione del procedimento a carico dell'ente. Visto il tenore letterale della disposizione – e a patto che non sia imputato del reato presupposto – questi è suscettibile di ricoprire l'ufficio di testimone: conclusione imposta tanto dalla *littera legis*, quanto dall'impossibilità di percorrere la via di un'interpretazione sistematica tesa a valorizzare profili di sostanziale sovrapposibilità del rappresentante cessato dall'incarico a quello attuale: per il primo, infatti, non soccorre l'attualità dell'immedesimazione organica con l'ente<sup>19</sup>. Ad ogni modo, si è sostenuto, egli sarà tutelato dallo statuto del secondo comma dell'articolo 198 c.p.p., che appresta anche per il testimone un'embrionale tutela del diritto al silenzio, stabilendo che egli non può essere obbligato a deporre sui fatti dai quali può emergere la sua responsabilità penale<sup>20</sup>.

La soluzione, però, non è del tutto appagante. Per il rappresentante legale del *tempus commissi delicti* sussiste sempre un pericolo di autoincriminazione derivante dalla posizione che egli rivestiva quando il reato fu commesso. Almeno da un punto di vista fattuale, dunque, la posizione del rappresentante legale cessato dall'incarico non è perfettamente sovrapposibile a quella di un qualunque testimone. La circostanza del suo inserimento (fra l'altro a livello apicale) nell'organizzazione aziendale al momento della commissione del reato è spia di una sua tutt'altro che improbabile implicazione nella "facenda" illecita. Di fronte ad un'effettiva carenza organizzativa dell'ente, il soggetto, sottoposto all'obbligo di verità, avrebbe due possibilità: mentire oppure riconoscere un *deficit* organizzativo che egli stesso avrebbe dovuto eliminare<sup>21</sup>.

Insomma, senza l'ausilio del difensore, il precedente rappresentante legale che non riesca, da solo, a comprendere la pertinenza di una domanda a lui rivolta a un possibile fatto proprio o il potenziale autoaccusatorio di una sua risposta e non si avvalga, quindi, della tutela fornita dall'articolo 198 comma 2 c.p.p., corre un rischio di autoincriminazione molto maggiore di quello di qualsiasi altro testimone. La situazione si fa ancor più problematica se si tiene conto del fatto che la probabilità che si richieda la sua audizione nel corso del dibattimento è molto elevata, dal momento che trattasi di un soggetto che ricopriva nell'impresa una posizione di vertice al *tempus commissi delicti*. È plausibile, quindi, che nel procedimento non si rinunci al suo contributo.

---

*amm. soc. enti*, 2021, 4, p. 175.

<sup>19</sup> In argomento, A. BASSI, *Il giudizio ordinario*, cit., p. 659; G. FIDELBO, *Testimonianza: casi di incompatibilità*, cit., p. 497; G.L. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 383, che richiama, sul punto, le considerazioni di P. IELO, *Sub art. 44*, in G. TRANCHINA (a cura di), *Codice di procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 6122.

<sup>20</sup> S. CHIMICHI, *Le prove dichiarative nel procedimento penale contro gli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 2, p. 249.

<sup>21</sup> Così, C. SANTORIELLO, *La prova testimoniale nel processo alle società*, in *Resp. amm. soc.*, 2006, 2, p. 91, il quale evidenzia una lesione del principio del *nemo tenetur se detegere*.

Una possibile soluzione correttiva potrebbe passare per l'estensione dell'articolo 44 del decreto anche al rappresentante legale cessato dall'incarico oppure per il ricorso al più garantistico statuto della testimonianza assistita *ex art. 197-bis c.p.p.*<sup>22</sup>, a patto di ritenere che il carattere di eccezionalità che connota le norme di cui agli artt. 197 e 197-bis c.p.p. non ne impedisca l'applicazione nel procedimento a carico dell'ente ai sensi dell'art. 34 del decreto.

### **5. Le modalità di acquisizione del contributo dichiarativo del rappresentante incompatibile.**

L'articolo 44 del decreto si limita a stabilire che il soggetto incompatibile è esaminato e interrogato nelle forme e con i limiti previsti per l'interrogatorio e l'esame della persona imputata in procedimento connesso, ma non individua il grado di connessione cui far riferimento. Nel silenzio della norma, pertanto, si rende necessario rinvenire lo statuto applicabile facendo riferimento alle possibili tipologie di connessione che il nostro sistema conosce: quella *ex art. 12 comma 1 lett. a) c.p.p.*, quella *ex art. 12 comma 1 lett. c)* e il collegamento *ex art. 371 comma 2 lett. b) c.p.p.* La soluzione è foriera di diverse conseguenze, dal momento che in un caso la preclusione è assoluta, nell'altro l'incompatibilità è suscettibile di venir meno laddove il soggetto decida di rilasciare dichiarazioni sull'altrui responsabilità penale.

La soluzione prospettata dai più è quella dell'applicabilità dello statuto della connessione *ex art. 12, comma 1 lett. a) c.p.p.*, in virtù dell'«immedesimazione organica che lega il rappresentante legale all'ente, rapporto che consente di assimilare il rappresentante legale alla figura del concorrente – ancorché anomalo – nello “stesso fatto” attribuito all'ente che rappresenta»<sup>23</sup>. L'audizione del rappresentante nel procedimento *de societate* soggiacerà, dunque, alla disciplina della connessione *ex art. 197 comma 1 lett. a) c.p.p.*, nonostante il rappresentante dell'ente non abbia altro legame con l'illecito attribuito al soggetto collettivo che non sia quello che deriva dal fatto che egli ne rappresenta in giudizio gli interessi. La sua assimilazione all'imputato in procedimento connesso costituisce, pertanto, una mera finzione finalizzata all'individuazione della disciplina applicabile. Finzione che, tuttavia, si rende necessaria a causa della riluttanza del legislatore a sovrapporre completamente le due figure del rappresentante e del rappresentato. La stessa riluttanza che, evidentemente, sta alla base

---

<sup>22</sup> Ancora, C. SANTORIELLO, *La prova testimoniale nel processo alle società*, cit., p. 91. Rileva una possibile lesione del diritto a non autoincriminarsi e prospetta quale possibile soluzione quella di un'interpretazione analogica dell'art. 44, A. DIDI, *Il regime dell'incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 9, p. 1170.

<sup>23</sup> A. BASSI, *Il giudizio ordinario*, cit., p. 651. L'Autrice, comunque, non tace le problematiche connesse a una ricostruzione di questo tipo, che si presta a strumentalizzazioni da parte dell'ente che, nell'intento di sottrarre “stabilmente” al processo un importante contributo conoscitivo, mantenga appositamente in carica il rappresentante legale dell'epoca in cui il reato fu commesso. La stessa soluzione è prospettata da G. FIDELBO, *Testimonianza: casi di incompatibilità*, cit., p. 502.

del richiamo all'art. 210 quale unica modalità acquisitiva del contributo dichiarativo del rappresentante incompatibile.

Vista, infatti, la perentorietà del rinvio contenuto nell'articolo 44 del decreto alla disciplina dell'audizione dell'imputato in procedimento connesso, si dovrebbe concludere sempre per l'applicabilità dell'articolo 210 c.p.p., con la conseguenza che, nel procedimento a carico dell'ente, il contributo del suo rappresentante è sempre sottratto al più garantistico statuto dell'articolo 208 del codice di rito penale. Pertanto, l'ente sarà sottoposto all'esame coattivamente, pur mantenendo la prerogativa del diritto al silenzio<sup>24</sup>.

Insomma, il legislatore costringe il legale rappresentante dell'ente (e quindi l'ente stesso) quanto meno a sottoporsi all'audizione, in plateale contrasto con lo statuto di garanzie tradizionalmente riconosciuto all'imputato nel processo penale. La conclusione non stupisce se la si inquadra nelle finalità che si compendiano nell'articolo 44 del decreto, tutto proteso al recupero del contributo conoscitivo dell'ente.

## **6. Il rappresentante che non fosse tale anche al *tempus commissi delicti*: la *vexata quaestio* del diritto al silenzio dell'ente.**

Il dibattito sviluppatosi intorno all'articolo 44 del decreto si è storicamente addensato attorno alle perplessità generate dalla norma laddove essa consente di trarre la conclusione dell'obbligo testimoniale dell'attuale rappresentante legale dell'ente che non fosse tale anche al *tempus commissi delicti*<sup>25</sup>.

Sul punto la Relazione al decreto non è univoca: da un lato, registra le difficoltà connesse al fatto di considerare il rappresentante legale alla stregua di un testimone, visto che la sua posizione è più simile a quella dell'imputato; dall'altro evidenzia che la parificazione all'imputato, operata dall'articolo 35 del decreto, viene effettuata con riguardo all'ente, non al legale rappresentante, per il quale è previsto un regime peculiare che non lo priva delle garanzie che cautelano l'imputato, ma che lo assimila in certi casi al testimone<sup>26</sup>. Al contempo, però, egli può essere sottoposto a interrogatorio per conto dell'ente<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> In argomento, anche A. SCALFATI, *Le norme in materia di prova e di giudizio*, cit., p. 354.

<sup>25</sup> *Ex multis*, in argomento, M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Giappichelli, 2023, p. 101; ID., *L'accertamento dell'illecito*, in AA. VV., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Cedam, 2004, p. 122 ss.; H. BELLUTA, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Giappichelli, 2018, p. 195; M.L.A. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 81; P. FERRUA, *Il diritto probatorio*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Volume II. Diritto processuale*, Giappichelli, 2020, p. 114; A. GIARDA, *Accertamento della "responsabilità amministrativa degli enti"*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, XI ed., Cedam, p. 1269; G. GARUTI, *Il processo "penale" agli enti*, in *Modelli differenziati di accertamento, Trattato di procedura penale*, Tomo II, vol. VII, Utet, 2011, p. 1113; TRICOMI, *Violazioni amministrative: il giudice penale fa il pieno*, in *Guida Diritto*, 2001, p. 86.

<sup>26</sup> Relazione al decreto, p. 30.

<sup>27</sup> Relazione al decreto, p. 35.

La Relazione pare attestare, quindi, l'esistenza di un doppio schema che vede il legale rappresentante come testimone o come imputato a seconda dei casi<sup>28</sup>, ma non precisa che cosa faccia scattare l'una o l'altra qualifica.

Non è sfuggito agli interpreti più attenti l'effetto dirompente della norma che, se interpretata letteralmente, conduce, tramite un'incerta "perifrasi *a contrario*", alla compressione del diritto al silenzio dell'ente e a una possibile violazione dei precetti costituzionali preposti alla sua tutela.

Questo aspetto ha da sempre rappresentato uno dei punti nevralgici dell'elaborazione dottrinale sul microsistema processuale degli enti in quanto la norma in discorso, mettendo in discussione uno dei "dogmi" del processo penale contemporaneo, si espone a inevitabili crisi di rigetto<sup>29</sup>.

Non sono mancate interpretazioni che, più o meno mutilando l'originaria gittata della norma, hanno tentato di riportare le criticate scelte legislative entro i confini fisiologici del processo penale e dei suoi principi.

Si sono prospettate soluzioni *tranchant*, come quella di chi ha etichettato l'articolo 44, comma 1, lett. b) del decreto alla stregua di «una norma inutile, anzi nociva, perché, senza dire nulla di originale, lascia falsamente supporre un obbligo testimoniale del rappresentante privo di tale qualifica al momento della commissione del reato»<sup>30</sup>. Sarebbe troppo debole per sostenere una conclusione di questo tipo l'*argumentum a contrario*, che condurrebbe a escludere che le ipotesi di incompatibilità ricomprendano anche la posizione del nuovo rappresentante legale. Chiave di lettura sarebbe allora l'articolo 35 del decreto, che sancisce la riferibilità all'ente dei diritti riconosciuti all'imputato: tale norma andrebbe estesa anche al legale rappresentante, in quanto è solo attraverso di lui che il soggetto collettivo può partecipare al processo. Da ciò deriverebbe la necessità di riconoscere sempre a chi rappresenta l'ente il diritto di tacere<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Sulla duplice veste che il rappresentante dell'ente può assumere al momento dell'assunzione del suo contributo dichiarativo, M.L.A. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010, p. 613. L'Autrice specifica che si tratta di una "stranezza" ormai recepita nel nostro ordinamento anche nella disciplina ordinaria del processo penale, in cui lo stesso soggetto può essere sentito sia in qualità di imputato, sia in qualità di testimone sulla responsabilità di altri.

<sup>29</sup> Ne è prova, ad esempio, un'ordinanza del Tribunale di Verbania del 2012 in cui il giudice, nel ritenere manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 44 del decreto, dà un'interpretazione adeguatrice della norma. Nell'ordinanza si legge che in forza della parificazione dell'ente all'imputato di cui all'art. 35 del decreto e del principio costituzionale del diritto di difesa, un'esegesi sistematica e costituzionalmente orientata dell'art. 44 del decreto porta a ritenere che il rappresentante dell'ente che non fosse tale anche al momento della commissione del reato debba essere sentito ai sensi dell'art. 210 c.p.p.

<sup>30</sup> P. FERRUÀ, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Cedam, 2002, p. 238; nonché ID., *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 6, p. 708 e ID., *Il diritto probatorio*, cit., p. 116.

<sup>31</sup> In termini, A. PRESUTTI, *Incompatibilità a testimoniare e regime del rappresentante legale*, in A. BERNASCONI – A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2024, p. 307; G. GARUTI, *Il processo "penale" agli enti*, cit., pp. 1113 ss.; G.L. VARRASO, *Il procedimento per l'accertamento degli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 386; D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti. Il difficile equilibrio tra*

Una soluzione garantista, che tuttavia si sostanzia in un'interpretazione abrogatrice della norma e in un aggiramento della formulazione letterale della disposizione<sup>32</sup>: l'articolo 44 del decreto, oltre ad essere inequivoco nel non ricomprendere il nuovo rappresentante legale fra gli incompatibili ad assumere l'ufficio testimoniale, pare confermare questa soluzione nell'ultimo comma, che, indicando le modalità di audizione dei rappresentanti incompatibili, lascia intendere che esiste comunque una cerchia di rappresentanti che tali non sono.

Simile nelle conclusioni è la tesi sostenuta da quanti riconoscono che l'incompatibilità a testimoniare non si estenda al nuovo rappresentante legale dell'ente, in quanto per costui non c'è il pericolo di autoincriminazione che per il soggetto che rivestiva la qualifica anche al momento del fatto-reato giustifica il riconoscimento del diritto al silenzio. Tuttavia, l'incompatibilità sarebbe suscettibile di sopravvivere laddove l'ente si costituisse a mezzo del suo (nuovo) rappresentante ai sensi dell'articolo 39 del decreto. In tal caso la prerogativa dello *ius tacendi* tornerebbe a prevalere in virtù della norma estensiva di cui all'articolo 35<sup>33</sup>.

Anche questa tesi, al pari di quella precedente, fornisce un'interpretazione non ancorata al dato normativo, anche perché non tiene conto del fatto che è la stessa disposizione a subordinare l'operatività dell'esclusione dall'obbligo testimoniale alla avvenuta espletazione delle formalità individuate dall'articolo 39 del decreto. A prescindere dalle problematiche, affrontate in precedenza, connesse al requisito della costituzione richiesto dall'articolo 44, non pare potersi interpretare la norma nel senso di un'estensione del suo contenuto (cioè dell'incompatibilità a testimoniare) oltre i suoi limiti originari facendo leva su un presupposto che la disposizione già richiede per la sua operatività a regime normale.

Ad ogni modo, la norma non si presta ad essere costretta in percorsi logici troppo rigidi: ogni soluzione perentoria, che si sostanzia nel riconoscimento della sua incapacità a produrre effetti o nella totale adesione al testo normativo, presta il fianco a critiche difficilmente superabili. Nel primo caso si avrebbe un'esegesi contraria al tenore della disposizione; nel secondo, probabili profili di illegittimità costituzionale.

Taluno ha prospettato, allora, soluzioni intermedie, come quella di distinguere la posizione del nuovo rappresentante che debba essere interrogato su fatti appresi dopo l'assunzione dell'incarico da quella dello stesso soggetto che però debba essere sentito su fatti conosciuti prima di tale momento. Solo nella prima ipotesi opererebbe la prerogativa del diritto al silenzio, in virtù dell'estensione di cui all'articolo 35 del decreto<sup>34</sup>. L'asimmetria è spiegata nei termini che seguono: colui che fosse già a conoscenza di fatti rilevanti prima di assumere l'incarico sarebbe comunque un possibile

---

*difesa e prevenzione*, Cedam, 2016, p. 274. *Contra*, sia pure in termini critici, A. SCALFATI, *Le norme in materia di prova e di giudizio*, cit., p. 352.

<sup>32</sup> A. BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, in A. BERNASCONI (a cura di), *Il processo penale de societate*, Giuffrè, 2006, p. 100.

<sup>33</sup> E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 334.

<sup>34</sup> C. SANTORIELLO, *La prova testimoniale nel processo alle società*, cit., p. 91.

testimone a prescindere dalla successiva investitura, alla quale l'ente ha proceduto pur sapendo che costui avrebbe potuto, in futuro, rilasciare dichiarazioni a suo carico. Nell'altro caso, invece, l'ente ha nominato il rappresentante non prospettandosi questa eventualità, pertanto la sua posizione andrebbe tutelata.

A parte la difficoltà di sapere con certezza quando un soggetto sia venuto a conoscenza di un fatto, cosa tutta interna alla sua psiche o comunque difficilmente riscontrabile su un piano oggettivo, questa ricostruzione è solo parzialmente risolutiva del problema del diritto al silenzio, comunque negato in alcuni casi sulla scorta dell'argomento – non del tutto convincente – per cui sarebbe l'ente stesso, scegliendo di investire un rappresentante legale a conoscenza dei fatti, a optare per una riduzione dei propri spazi difensivi.

Non è necessario soffermarsi su tutte le teorie che gli interpreti e gli studiosi del processo penale hanno avanzato per ricomporre le tensioni tra l'articolo 44 e i precetti costituzionali. Basta dire, in questa sede, che lo sforzo interpretativo è stato notevole e talvolta molto creativo. Si è sostenuto, ad esempio, che il soggetto cui l'articolo 44 riferisce l'obbligo testimoniale non è il rappresentante dell'ente nel procedimento: costui è sempre incompatibile in quanto equiparato all'imputato. Si tratterebbe, invece, del rappresentante legale precedente sostituito nell'incarico<sup>35</sup>. Questo esito si otterrebbe dall'inversione dei due sintagmi che costituiscono la norma, così da ottenere l'incompatibilità a testimoniare del soggetto che rappresentava l'ente al momento della commissione del reato, che è cessato poi dall'incarico.

La farraginosità di tale soluzione ermeneutica è figlia di una norma ambigua, che costringe l'interprete a sviluppi esegetici contorti.

Non manca chi, tuttavia, riconosce alla norma un diritto d'asilo nel nostro ordinamento e ipotizza, sulla falsariga della stessa Relazione al decreto, una duplicità di ruoli in capo al rappresentante legale. Egli sarebbe, a seconda dei casi, ora testimone ora imputato. Il criterio distintivo proposto fa leva sulla natura dell'atto da compiere. Così, il rappresentante mantiene lo *status* di imputato quando si tratti di esercitare diritti difensivi (si pensi al rilascio di dichiarazioni spontanee), ma assume l'ufficio testimoniale in tutti gli altri casi, con conseguente rischio di autoincriminazione per l'ente<sup>36</sup>.

Una soluzione che rinuncia a comporre quel possibile conflitto con i principi costituzionali cui si accennava poc'anzi, rinuncia che viene motivata col "prosciugamento delle fonti di conoscenza"<sup>37</sup> che si sarebbe determinato laddove al rappresentante legale fosse stato riconosciuto il diritto di tacere<sup>38</sup>. Non vi è dubbio sul fatto che questa sia stata la reale ragione ispiratrice della norma, ma ciò non mette a tacere tutte le censure che ad essa si sono mosse nel corso degli anni.

---

<sup>35</sup> M. CERESA-GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, cit., p. 126; ID., *Procedura penale delle società*, Giappichelli, 2023, pp. 101 ss.

<sup>36</sup> G. FIDELBO, *Testimonianza: casi di incompatibilità*, cit., p. 500.

<sup>37</sup> G. FIDELBO, *Testimonianza: casi di incompatibilità*, cit., p. 498.

<sup>38</sup> All'ente sarebbe bastato nominare legale rappresentante il soggetto detentore di informazioni rilevanti per sottrarre il suo contributo conoscitivo alle autorità procedenti.

La dicotomia di ruoli in capo al legale rappresentante solo apparentemente tutela il diritto di difesa dell'ente, in quanto il contributo conoscitivo offerto dal primo in qualità di testimone è naturalmente destinato a prevalere su qualunque atto difensivo il secondo possa compiere. E ciò per il semplice fatto che sull'atto testimoniale incombe sempre l'obbligo, penalmente sanzionato, di dire la verità. In questo modo il diritto di difesa dell'ente è assoggettato a continue incursioni e viene irrimediabilmente vulnerato.

## 7. L'inquadramento costituzionale e le soluzioni possibili.

La difficoltà di rinvenire, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, un approdo definitivo sull'interpretazione della forse più controversa disposizione processuale del decreto pone l'esegeta dinanzi alla necessità di chiedersi se effettivamente una compressione del diritto al silenzio dell'ente sia ammissibile nel nostro sistema processuale penale e compatibile con i principi che lo informano.

Il diritto al silenzio<sup>39</sup>, nel nostro ordinamento, è non solo una conseguenza dell'atto di riconoscere che chiedere a qualcuno di *se detegere* è contro la sua stessa natura,

---

<sup>39</sup> Benché la Costituzione non lo menzioni mai espressamente, è pacifico che il diritto al silenzio sgorgi da molteplici disposizioni costituzionali, a partire dall'inviolabilità della difesa (*ex multis*, V. GREVI, *Diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*, in *Riv. ita. dir. e proc. pen.*, 1998, 4; L. PALADIN, *Autoincriminazione e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 312; V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Giappichelli, 2006, p. 86). L'aggancio costituzionale comporta che una compressione del diritto in parola ad opera della legge ordinaria sia legittima a condizione che rappresenti il frutto di un bilanciamento con altri principi o valori costituzionali parimenti meritevoli di tutela. Tuttavia, è lo stesso testo costituzionale a dare un monito all'interprete: l'indicazione deriva dalle modalità con cui il legislatore costituente traspone il diritto di difesa nella norma, e cioè da quell'aggettivo («inviolabile») chiamato a specificarne la portata. Esso colloca direttamente il diritto in parola tra le disposizioni costituzionali costituenti il «nucleo fondamentale non derogabile da altre norme della Costituzione» (M. CERRI, *Appunti sul concorso conflittuale di diverse norme della Costituzione*, in *Giur. cost.* 1976, p. 279 e A. MANCINI, *Commento all'art. 4*, in AA. VV., *Commentario alla Costituzione- Principi fondamentali*, Zanichelli, 1975, p. 276. In giurisprudenza, ad esempio, si veda Corte Cost., 27 dicembre 1973, n. 183; nonché Cost., 14 luglio 1971, n. 175, che riconosce tra le norme costituzionali «la sussistenza (del resto valevole per ogni corpo di disposizioni coordinate in sistema) di un ordine che conduce a conferire preminenza ad alcune di esse rispetto ad altre». Ciò significa che il diritto di difesa, e con esso il diritto al silenzio, è destinato a prevalere a fronte di un bilanciamento con altri principi o garanzie, comunque sanciti dalla Costituzione, che tuttavia non assurgano al rango «superconstituzionale», non essendo dotati della caratteristica dell'inviolabilità. Sempre a proposito del rilievo costituzionale, è necessario osservare come l'impronta difensiva tipica del processo penale odierno e degli strumenti ad esso afferenti conduce all'individuazione dell'articolo 13 comma 1 Cost. quale ulteriore baluardo del diritto al silenzio, da intendersi anche come libertà morale dell'imputato di rifiutare qualsivoglia contributo proprio all'attività accertativa del reato (in questo senso, V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 101; M.L.A. DI BITONTO, *Le dichiarazioni dell'imputato*, in *Giur. it.*, 2017, 2001 ss.). Da ultimo, il diritto al silenzio trova un preciso fondamento nella presunzione di non colpevolezza di cui all'articolo 27 comma 2 Cost. (V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Giappichelli, 2006, p. 107), dal momento che essa, ponendo in capo all'accusa l'onere della prova dei fatti sui quali verte l'addebito, esonera l'imputato da qualunque dovere di collaborazione. Egli non dovrebbe essere considerato alla stregua di una persona informata sui fatti, ma come un soggetto le cui dichiarazioni hanno prima di tutto finalità difensiva; cosicché non avrebbe senso pretendere il contributo conoscitivo di un supposto innocente e, dunque, di una persona che si presume essere all'oscuro di tutto (O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo*

ma assurge a regola elementare e irrinunciabile dell'accertamento, direttamente promanante dalla presunzione di innocenza che rappresenta la cifra ontologica del processo penale<sup>40</sup>. Ciò comporta l'illegittimità di soluzioni che pretendano di agganciare l'operatività o meno della garanzia alla natura del destinatario (persona fisica o soggetto collettivo) della sanzione penale. Una volta scelta la sede processuale penale per l'accertamento della responsabilità dell'ente, il bagaglio di regole che informano il processo penale quale luogo nel quale si accertano i presupposti dell'esercizio del potere punitivo deve operare nella sua interezza, a prescindere dalla natura del soggetto che subisce l'accertamento<sup>41</sup>.

---

*procedimento*, Giuffrè, 2004, p. 48). A livello sopranazionale, poi, le prerogative contro l'autoincriminazione trovano diretta protezione nel Patto internazionale sui diritti civili e politici all'articolo 14, par. 3 lett. g), in cui si attribuisce all'accusato il diritto «a non essere costretto a deporre contro se stesso o a confessarsi colpevole». Inoltre, ancorché non ve ne sia traccia nella relativa Convenzione, ormai da tempo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riconosce che tali garanzie hanno implicito ancoraggio nell'articolo 6 della Carta. In varie sentenze, infatti, essa ha avuto modo di sottolineare che le guarentigie del diritto al silenzio e del *privilege against self-incrimination* giacciono nel cuore della nozione di giusto processo (ad esempio, Corte e.d.u., 29 ottobre 1997, n. 82/1996/671/893, *Serves c. Francia*, nonché Corte e.d.u., 8 febbraio 1996, n. 18731/91, *Murray c. United Kingdom*). Non può sottacersi, parlando della normativa sovranazionale, che, da ultimo, il legislatore europeo si è mostrato piuttosto "scettico" sull'estensione al soggetto collettivo delle prerogative difensive generalmente riferite alla persona fisica nel processo penale. Nel 2016 il Consiglio e il Parlamento europeo hanno adottato, nel contesto dell'articolo 82, par. 2, lett. b) TFUE e tramite direttiva (n. 343/2016), norme minime sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo. Il campo di applicazione della direttiva in questione è limitato alle sole persone fisiche, mentre si lascia agli stati membri la libertà di individuare autonomamente l'estensione del diritto di difesa delle *legal persons*. Questa scelta, che alcuni hanno criticato come «un'opportunità mancata» (S. LAMBERIGTS, *The directive on the presumption of innocence, a missed opportunity for legal persons?*, in *Eucrim*, 2016/1, p. 36), ha mostrato un certo *self-restraint* del legislatore europeo, che non ha inteso prendere posizione sull'estensione dei diritti difensivi del soggetto collettivo nel procedimento penale. Sarebbe errato, tuttavia, trarne argomenti per escludere il riconoscimento all'ente del diritto al silenzio *tout court*. Il legislatore europeo ha semplicemente deciso di non esporsi su un tema controverso. La scelta di non includere i soggetti collettivi nella direttiva si è imposta, infatti, per l'opposizione del Consiglio, supportato dalla Commissione, alle richieste del Parlamento europeo, schierato, invece, per l'inclusione degli enti nell'ambito applicativo della direttiva stessa. Nel senso che le ultime pronunce adottate dalle Corti europee stiano spingendo verso un riconoscimento all'ente del diritto al silenzio, A. KELLER, *Il diritto al silenzio dell'ente accusato ai sensi del d.lgs. 231/01*, cit., p. 13 ss.

<sup>40</sup> G. ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in *Pol. e dir.*, 1999, p. 305.

<sup>41</sup> E a prescindere dalla natura della responsabilità, la cui qualificazione alla stregua di un *tertium genus* non avrebbe comunque l'effetto di escludere il microsistema 231 dal «più ampio e variegato sistema punitivo», per le «evidenti ragioni di contiguità con l'ordinamento penale per via, soprattutto, della connessione con la commissione di un reato, che ne costituisce il primo presupposto, della severità dell'apparato sanzionatorio, delle modalità processuali del suo accertamento. Sicché, quale che sia l'etichetta che si voglia imporre su tale assetto normativo, è dunque doveroso interrogarsi sulla compatibilità della disciplina legale con i principi costituzionali dell'ordinamento penale», così Sez. Un., 24 aprile 2014, *Espenhahn e altri*, in C.e.d., n. 261112. Cfr. H. BELLUTA, *L'ente incolpato*, cit., p. 40, nonché G.L. VARRASO, *Le fonti del processo punitivo degli enti*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti. Volume II. Diritto processuale*, Giappichelli, 2020, p. 19. Nel senso che la scelta del processo penale quale sede dell'accertamento comporti l'operatività delle garanzie previste per l'imputato, M.L.A. DIBITONTO, *Il diritto di difesa dell'ente in relazione a quello della persona fisica*, cit., p. 696; G. GARUTI, voce *Processo agli enti*, in *Dig. pen., Agg.*, Utet, 2014, p. 565 ss.; G. LATTANZI in AA.VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi, atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze, 15-16 marzo*

L'*escamotage* col quale il legislatore del 2001 si è sottratto a questo assetto – cioè la pretestuosa distinzione che si è voluta tracciare tra le prerogative dell'imputato-ente e quelle del suo rappresentante legale<sup>42</sup> – ha il paradossale effetto di slegare il destinatario delle garanzie processuali da quello di una sanzione che ha pur sempre natura penale<sup>43</sup> e che, in quanto tale, può essere applicata solo all'esito di un procedimento che si sia conformato, quanto meno, alle garanzie elementari del processo penale. Vale a dire, alle regole di un contesto procedimentale nel quale il soddisfacimento delle esigenze connesse all'accertamento degli illeciti non può giustificare una compressione del diritto di difesa<sup>44</sup> di un'intensità tale da negare addirittura l'operatività *tout court* di una delle sue componenti essenziali.

Interpretare l'articolo 44 del decreto alla stregua di una previsione effettivamente idonea a sottoporre l'imputato al rischio di autoincriminazione significa fornire della norma un'interpretazione non conforme a Costituzione<sup>45</sup>.

Ciò detto, perde di rilievo anche la questione, pure sollevata dagli interpreti, del contrasto tra l'articolo 44 e l'articolo 35 del decreto. La legittimità della presenza di una norma come l'art. 44, comma 1, lett. b) del decreto nel nostro ordinamento va valutata tramite il raffronto con le norme costituzionali, prima ancora che con le altre norme del medesimo *corpus normativo*. A prescindere, cioè, dal contrasto con l'articolo 35 del decreto, rimarrebbe la lesione del diritto al silenzio dell'imputato e quindi di tutte quelle norme costituzionali che ne costituiscono il baluardo.

Occorre perciò rinvenire un'esegesi che consenta, da un lato, di riportare la disposizione entro i limiti di una compressione non irragionevole del diritto al silenzio e, dall'altro, di non frustrare la *littera legis* con interpretazioni che hanno come risultato la sostanziale abrogazione del precetto normativo.

In dottrina si è proposto di bilanciare queste due contrapposte esigenze tramite il ricorso all'articolo 198, comma 2, c.p.p., che riconosce anche al testimone il diritto di tacere quando si debba scongiurare una sua autoincriminazione e che sarebbe compatibile, ai sensi dell'articolo 34 del decreto, nel procedimento a carico degli enti. All'interno di quest'ultimo la norma opererebbe su un duplice piano, ossia non solo per la tutela della posizione del rappresentante legale ma anche per quella dell'ente. Vale a dire, cioè, che il primo, oltre ad avere il diritto di tacere sui fatti dai quali potrebbe

---

2002, Cedam, 2003, p. 291; F. NICOLICCHIA, *Ente e imputato nella procedura penale d'impresa. Conflitti, interferenze, anomalie di sistema*, Cedam, 2022, 43; S. RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, Giappichelli, 2017, p. 48 ss.

<sup>42</sup> Secondo A. PRESUTTI, *Incompatibilità a testimoniare e regime del rappresentante legale*, cit., p. 305, l'argomento non risolve la contraddizione, anzi la rafforza.

<sup>43</sup> Corte e.d.u., 8 giugno 1976, app. n. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Engel e altri c. Olanda e Corte e.d.u., 4 marzo 2014, app. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, Grande Stevens c. Italia.

<sup>44</sup> V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, 1972, p. 68, Cfr. Anche Corte Cost. 2 novembre 1998, n. 361.

<sup>45</sup> D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti. Il difficile equilibrio tra difesa e prevenzione*, Cedam, 2017, p. 276.

emergere una propria responsabilità penale, conserverebbe tale prerogativa anche sui fatti dai quali potrebbe emergere la responsabilità dell'ente<sup>46</sup>.

Questa esegesi appare l'unica che consente di contemperare quelle opposte esigenze cui prima si faceva riferimento. Se un'osservazione critica può articolarsi, essa è collegata al fatto che nel procedimento a carico del soggetto collettivo è probabile che alla norma si faccia ricorso ogni qual volta debba essere sentito il rappresentante legale, visto che è verosimilmente prevedibile che egli sia a conoscenza di fatti potenzialmente incriminatori per l'ente. Si rischia, cioè, di trasformare l'articolo 198, comma 2, c.p.p. in una norma dall'applicazione generalizzata nel procedimento *de societate*, quando invece essa è stata pensata, in quello tradizionale, per essere applicata in casi marginali rispetto al consueto svolgimento del processo penale.

Il problema si ridimensiona, però, se si tiene conto del fatto che il rappresentante cui si fa riferimento è quello che ha assunto l'incarico dopo la commissione del fatto di reato, visto che a quello del *tempus commissi delicti* (ove non abbia abbandonato l'incarico) è la stessa previsione normativa a riconoscere il diritto al silenzio. Dunque, non è così scontato che il soggetto, che è intervenuto in un momento solo successivo alla commissione del reato e che presumibilmente nulla ha a che vedere con la precedente gestione dell'ente, sia a conoscenza di fatti che potrebbero incriminare l'ente rappresentato. Ma laddove così fosse, non si vede come lo si possa obbligare a incriminare il soggetto che rappresenta senza che ciò comporti una violazione delle garanzie incompressibili che la Carta costituzionale riconosce all'imputato.

---

<sup>46</sup> M.L.A. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 83, nonché ID., *sub art. 44*, in AA.VV., *Compliance: responsabilità da reato degli enti collettivi*, II edizione, IPSOA, 2024, p. 1073; soluzione riportata anche da P. FERRUA, *Il diritto probatorio*, cit., p. 117.

Editore

ASSOCIAZIONE  
**"PROGETTO GIUSTIZIA  
PENALE"**