

CAPITOLO II

IL DIRITTO DI DIFESA DELL'ENTE IN RELAZIONE A QUELLO DELLA PERSONA FISICA: CONTRASTO CON IL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA-RAGIONEVOLEZZA?

di Maria Lucia Di Bitonto

L'inviolabilità della difesa in ogni stato e grado del procedimento penale rappresenta il cardine del modello costituzionale di processo. Inevitabile, quindi, che su tale fondamento debba essere costruita anche la struttura del procedimento penale nei confronti dell'ente. Senonché, la disciplina del D.Lgs. 08/06/2001, n. 231 lascia nell'indeterminatezza alcuni contorni di tale diritto, imponendo così all'interprete l'elaborazione di soluzioni esegetiche adeguate a integrare i vuoti normativi.

SOMMARIO: 1. Fondamenti costituzionali della difesa dell'ente – 2. Lineamenti generali della difesa penale – 3. Diritto di difesa e struttura del procedimento penale a carico dell'ente – 4. Disfunzioni della prassi – 5. La difesa dell'ente nel procedimento penale – 6. La difesa dell'ente in caso di conflitto d'interesse del rappresentante legale – 7. Il diritto al silenzio dell'ente – 8. Considerazioni finali – Bibliografia

1. Fondamenti costituzionali della difesa dell'ente

Il processo penale tende naturalmente ad articolarsi nella forma di una disputa fra due poli dialettici¹ poiché in esso a venire in questione è lo stesso esistere del giudicabile².

Ciò è senz'altro vero anche in relazione all'ente, in quanto la "pena capitale", bandita per la persona fisica, è invece prevista nel sistema sanzionatorio della responsabilità da reato degli enti, nei cui confronti può essere applicata l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività (art. 16)³. Inoltre, più in generale, l'elevata afflittività delle sanzioni interdittive è tale da mettere sempre a repentaglio la stessa sopravvivenza dell'ente eventualmente destinatario di una sentenza di condanna che ne preveda l'irrogazione⁴.

¹ Cordero F., *Procedura penale*, 9ª ed., Milano, 1987, p. 5.

² Foschini G., *La giustizia sotto l'albero e i diritti dell'uomo*, in *Tornare alla giurisdizione*, Milano, 1971, p. 41.

³ Si ricorda che le disposizioni di legge, senza ulteriori indicazioni, sono quelle del D.Lgs. 08/06/2001, n. 231.

⁴ Si legge nella Relazione ministeriale di accompagnamento al decreto legislativo che «la natura penale-amministrativa degli illeciti dell'ente, documentata dall'applicabilità di pene interdicte derivanti dall'armamentario penalistico e dalla stessa vicinanza con lo stesso fatto-reato, rende necessario prefigurare un sistema di garanzie molto più effi-

Le posizioni contrapposte nel processo penale nei confronti dell'ente, analogamente a quel che avviene in quello a carico degli individui, sono quella che attribuisce all'ente la commissione di un fatto di reato (accusa) e l'altra che nega l'attribuibilità del reato al soggetto collettivo (difesa)⁵.

La difesa si definisce, pertanto, come funzione dialetticamente contrapposta all'accusa, esercitata sia dal soggetto cui è attribuito il fatto di reato (autodifesa), sia dal suo difensore (difesa tecnica)⁶, vale a dire dal professionista munito di adeguata qualificazione tecnica e senza interessi propri nel procedimento⁷ che, in ragione di ciò, è legittimato ad assistere o rappresentare nel procedimento penale l'imputato o la persona sottoposta alle indagini.

Che la salvaguardia nel diritto di difesa rappresenti l'aspetto maggiormente caratterizzante il procedimento penale è storicamente testimoniato dal fatto che in tale ambito il diritto dell'accusato di resistere all'accusa «non è stato mai totalmente negato, pur quando gravemente limitato ... Contro la legge si faceva ricorso al diritto naturale per negare ai potenti della terra il diritto di conculcare la difesa giudiziaria penale»⁸.

L'art. 24, comma 2, Cost. stabilisce che la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento e tale garanzia – espressamente enunciata relativamente a ogni procedimento giurisdizionale – si connota secondo livelli di maggiore pregnanza rispetto all'imputato che, ai sensi dell'art. 27, comma 2, Cost., è da presumere innocente per l'intera durata delle indagini preliminari e del successivo processo⁹. Parte dei contenuti implicitamente desumibili dal combinato disposto di cui agli artt. 24, comma 2 e 27, comma 2, Cost. sono ora resi espliciti in maniera dettagliata dal novellato art. 111 Cost.¹⁰ che, oltre a definire in termini generali la fisionomia della giurisdizione, assicura specifiche garanzie difensive, senza peraltro esaurire le possibili esplicazioni del diritto di difesa, destinate a espan-

cace rispetto a quello, per vero scarno, della l. n. 689/81»: così Relazione Ministeriale al D. Lgs. 08/06/2001, n. 231, Sez. III, § 15.

⁵ Nel senso che l'idea di accusa non possa essere appresa in tutte le sue implicazioni se non in contrapposizione alla difesa v. Conso G., voce *Accusa e sistema accusatorio (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 334 ss.; Lemmo E., *L'accusa suppletiva nel dibattimento penale*, Milano, 1967, p. 13. In argomento si rinvia alle stimolanti osservazioni critiche di Voena G.P., voce *Difesa, III (difesa penale)*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1989, p. 1 ss.

⁶ Ferrua P., voce *Difesa*, in *Dig. pen.*, III, Torino, 1989, p. 466.

⁷ Kostoris R.E., *La rappresentanza dell'imputato*, Milano, 1986, p. 256 s.

⁸ Bellavista G., voce *Difesa giudiziaria penale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 456.

⁹ Grevi V., *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, p. 17 s.

¹⁰ Illuminati G., *Costituzione e processo penale*, in *Giur. it.*, 2008, p. 527. In argomento v. Di Chiara G., *Art. 111 Cost.*, in Canzio G.-Tranchina G. (a cura di), *Codice di procedura penale*, Milano, 2012, I, p. 37 ss.

dersi ulteriormente ove l'evoluzione futura del sistema ne imponesse il riconoscimento¹¹.

Nucleo essenziale del diritto di difesa dell'imputato è proprio la sua pretesa a ottenere il riconoscimento della propria innocenza: come si legge nella motivazione di una risalente sentenza della Corte Costituzionale, infatti, il riconoscimento della piena innocenza è «da considerare il bene della vita costituente l'ultimo e vero oggetto della difesa, rispetto al quale le altre pretese al giusto processo assumono funzione strumentale»¹².

Taluno ha posto in dubbio che la presunzione d'innocenza operi nei confronti dell'ente, quando il reato presupposto sia stato posto in essere da soggetto apicale, poiché l'art. 6 stabilisce che se il reato è stato commesso da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione o di direzione dell'ente, il soggetto collettivo «non risponde se prova che ...». Tale formulazione normativa sembra attribuire all'ente sottoposto a procedimento penale l'onere di dimostrare il «fatto impeditivo» dell'affermazione di responsabilità costituito dalla assenza di colpa organizzativa e comprovato dall'adozione e dalla efficace attuazione dei modelli organizzativi conformati sullo schema normativo fissato nel secondo comma di quello stesso articolo, nonché dall'avvenuta fraudolenta elusione di tali modelli da parte dell'autore del reato¹³. Alla base di questa disciplina, vi sarebbe una sorta di presunzione legale "relativa" di colpa, fondata sull'immedesimazione organica fra ente e vertici¹⁴.

¹¹ Illuminati G., *loc. ult. cit.*

¹² Corte cost. 14/07/1971, n. 175, in *Giur. cost.*, 1971, p. 2143; Scaparone M., *Il diritto di difesa dell'imputato nella Costituzione e nelle Convenzioni internazionali*, in AA.VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Milano, 1997, p. 25; Nel senso che il proscioglimento o l'ottenimento del trattamento punitivo meno afflittivo rappresentino l'intrinseco e sostanziale obiettivo del diritto di difesa Padovani T., *A.D.R. Sul c.d. abuso del processo*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3606.

¹³ Per tutti v. Cordero F., *Procedura penale*, 9^a ed., Milano, 2012, p. 1328; Cerqua F., sub *Art. 6*, in Cadoppi A.-Garuti G.-Veneziani P. (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, p. 137 s. Nel senso che l'art. 6 incardini una presunzione di colpevolezza dell'ente, mutuata dal coefficiente psicologico in capo al soggetto di vertice che ha commesso il reato v. Paliero C.E., *Dalla vicarius liability alla colpevolezza d'impresa (tendenze della responsabilità penale degli enti nel panorama giuridico europeo)*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, Piacenza, 2010, III, p. 427 ss. e, spec., p. 443; Id., *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in *Società*, 2010, Suppl. n. 12, p. 16. Analogamente Vinciguerra S., *Quale specie di illecito?*, in Vinciguerra S.-Ceresa Gastaldo M.-Rossi A., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D.Lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2004, p. 208 s. In argomento v. anche Chimichi S., *Il processo penale a carico degli enti: il quantum della prova della colpa di organizzazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 617 ss. Secondo Amodio E., *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 324, il criterio d'imputazione alla *societas* della responsabilità da reato appare quello tipico della responsabilità oggettiva.

¹⁴ Bronzo P., *Altri procedimenti speciali e giudizio*, in Lattanzi G.-Severino P. (a cura di),

Senonché, sarebbe ben strano se il legislatore individuasse nel procedimento penale la sede di accertamento della responsabilità da reato degli enti e, al contempo, disconoscesse la regola cardine della procedura penale, quella dalla quale tutte le altre discendono a mo' di corollario¹⁵. La presunzione d'innocenza, infatti, «esprime un principio di salvaguardia della stessa giurisdizione», nella misura in cui esige un'attività di giudizio ancora da compiere e bandisce la disinvolta verifica di un pre-giudizio¹⁶.

Meglio ritenere, quindi, che l'art. 6 costituisca una norma di diritto sostanziale, che delinea i presupposti per l'integrazione di una causa esimente della responsabilità da reato dell'ente, e non già norma processuale alla quale ricondurre la regola di giudizio idonea a dirimere le situazioni di dubbio. Quest'ultima va rinvenuta nell'art. 530, comma 3, c.p.p., ove è stabilito che se vi è dubbio sull'esistenza di una causa esimente il giudice pronuncia sentenza di assoluzione ai sensi dell'art. 530, comma 1, c.p.p.

Del resto, l'art. 66 stabilisce che il giudice dichiara con sentenza che l'illecito amministrativo non sussiste quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova dell'illecito amministrativo, ma non stabilisce quando deve ritenersi mancante, insufficiente o contraddittoria la prova della responsabilità da reato. Ovvio che per individuare lo *standard* probatorio necessario alla pronuncia di una sentenza di condanna non possono che essere applicate le regole generali del codice di procedura penale, che dettano il criterio risolutore del fatto incerto nel processo penale, alla cui stregua l'ipotesi formulata dal pubblico ministero può dirsi verificata solo quando nessuna ricostruzione alternativa del fatto ragionevolmente prospettabile sia in grado di indebolire quella di accusa, facendole perdere il carattere di univocità¹⁷.

Che poi, in concreto, spetti alla difesa dell'ente l'allegazione specifica e dettagliata del tema di prova relativo all'adozione ed efficace attuazione dei modelli di organizzazione e controllo, tutte le volte in cui le risultanze dell'accusa porterebbero a escludere tale evenienza, non sposta certo i termini del problema ma, anzi, pare coerente con il peculiare atteggiarsi della

Responsabilità da reato degli enti, vol. II, *Diritto processuale*, Torino, 2020, p. 285. V. anche Di Bitonto M.L., *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Napoli, 2012, p. 68 s.

¹⁵ Di Bitonto M.L., *Studio*, cit., p. 63.

¹⁶ Pisani M., voce *Giurisdizione penale*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 387. V. anche Illuminati G., *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 304, secondo il quale il procedimento penale costituisce un fenomeno giuridico complesso, ad alta valenza politico-istituzionale, le cui regole fondamentali rappresentano la proiezione della presunzione d'innocenza nelle sue molteplici articolazioni ed implicazioni.

¹⁷ Lorusso S., *Libero convincimento, innovazioni tecnico scientifiche e dubbi ragionevoli*, in *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Lecce, 23-25/10/2009, Milano, 2012, p. 246.

presunzione d'innocenza rispetto alla prova delle esimenti¹⁸. Pare plausibile sostenere, quindi, che l'art. 6 valga a introdurre non già l'inversione dell'onere della prova implicato nella presunzione d'innocenza, bensì un mero onere di allegazione, alla cui stregua il giudice rimane esentato dall'obbligo di motivare autonomamente in ordine alla insussistenza dell'esimente, quando la difesa non l'abbia in alcun modo fatta valere¹⁹.

In definitiva, per l'ente incolpato, allo stesso modo che per gli individui sottoposti a procedimento penale, valgono i diritti del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. e tutte le prerogative costituzionali dell'imputato che non presuppongono la sua fisicità²⁰, presunzione d'innocenza compresa.

2. Lineamenti generali della difesa penale

Duplica il fondamento della difesa come funzione del processo: da un lato, diritto soggettivo; dall'altro, garanzia di corretto accertamento giudiziario²¹. Nel primo aspetto è in gioco un'opzione di civiltà²²: risponde al comune senso di giustizia che il soggetto, nei cui confronti dispiegherà i propri effetti l'eventuale sentenza di condanna debba essere posto nelle

¹⁸ Su presunzione d'innocenza e accertamento delle esimenti si rinvia a Paulesu P.P., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2008, p. 237 ss. Al riguardo, si rinvia pure alla risalente giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo cui «quando sia raggiunta la piena prova in ordine agli elementi costitutivi del reato, l'imputato che abbia interesse all'accertamento della sussistenza di una causa di giustificazione, pur non essendo gravato da un onere probatorio specifico e diretto al riguardo, è tenuto tuttavia a fornire le indicazioni necessarie all'accertamento invocato, ossia all'espletamento di quel minimo di attività di collaborazione con l'ufficio che costituisce attuazione del cd. onere di allegazione»: così Cass., SS.UU., 26/02/1972, Marchese, in *CED*, n. 121156; conformemente Cass., SS.UU., 14/06/1980, Felloni, *ivi*, n. 146696.

¹⁹ In questi termini Di Bitonto M.L., *Studio*, cit., p. 68 ss.; Bronzo P., *Altri procedimenti speciali*, cit., p. 285 ss. Pare favorevole a tale soluzione Spinelli A., *Responsabilità degli enti: l'elusione fraudolenta non è una probatio diabolica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2010, p. 641 ss. *Contra*, nel senso che la formula "onere di allegazione" altro non sarebbe se non una formula più blanda e *politically correct* per definire la regola d'inversione dell'onere della prova v., però, Paliero C.E., *Dieci anni di "corporate liability"*, cit., p. 19. In senso contrario alla posizione enunciata nel testo, e dunque a favore dell'inversione dell'onere della prova, v. Ferrua P., *Il diritto probatorio*, in Lattanzi G.-Severino P. (a cura di), *Responsabilità da reato*, cit., p. 105.

²⁰ Belluta H., *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e 'processo 231'*, Torino, 2018, p. 46 ss.; Di Bitonto M.L., *Studio*, cit., p. 61 ss.; Moscarini P., *I principi generali del procedimento penale de societate*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1271; Varraso G., *Le fonti della procedura penale degli enti*, in Lattanzi G.-Severino P. (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 19.

²¹ Illuminati G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 172 ss.; Giostra G., *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1986, p. 13 ss.; Ferrua P., *Difesa*, cit., p. 467; Voena G.P., *Difesa*, cit., p. 15 s.

²² Giostra G., *Valori ideali*, cit., p. 20.

condizioni di esporre tutto quanto ritenga possa valere a sua discolta. Il secondo profilo, invece, implica una scelta di metodo, imperniata sull'idea che il migliore modo per vagliare la fondatezza di un'accusa sia quello di instaurare un contraddittorio fra chi intende dimostrare la colpevolezza dell'imputato e chi ha interesse a confutare questo assunto per evitare la condanna²³. Per questo, alla luce dell'intrinseca asimmetria del procedimento penale²⁴, è affermazione risalente quella che «l'idea del contraddittorio sottintende l'esigenza di una effettiva difesa, vale a dire di una difesa in grado di funzionare efficacemente, in ogni momento»²⁵.

Ferma restando l'imprescindibile centralità della difesa nel procedimento penale, i contenuti e l'effettività dell'attività difensiva mutano a seconda di quale sia la struttura processuale²⁶. Nell'alternativa fra modello inquisitorio e accusatorio è il secondo quello che assicura il più elevato *standard* di tutela alla difesa²⁷.

Per questo l'aggettivo inquisitorio, oltre a qualificare un sistema processuale in cui il giudice agisce da solo, definisce anche i processi che lasciano poco spazio alla dialettica accusa-difesa²⁸.

Nella sua portata di garanzia inviolabile, da un lato, e gnoseologica, dall'altro, l'art. 24, comma 2, Cost. postula l'esistenza di un contenuto minimo di prerogative, da assicurare indipendentemente e a prescindere dalla stessa volontà dell'interessato²⁹: la Corte Costituzionale ha così statuito che l'assistenza del difensore è irrinunciabile dall'imputato, in quanto la difesa tecnica rappresenta una condizione oggettiva per la stessa regolarità del processo³⁰.

²³ Cordero F., *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1981, p. 362: «Persino gli inquisitori sentono quanto dolga al rendimento gnoseologico del mezzo questo lento passo monologante; perciò inventano qualcosa che somigli a una parte nella messinscena dialettica».

²⁴ Su questo punto, per tutti, Conso G., *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 405 ss.; Giostra G., voce *Contraddittorio (principio del)*, *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 2001, p. 2.

²⁵ Conso G., *Considerazioni in tema di contraddittorio*, cit., p. 412; Cavallari V., voce *Contraddittorio (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 730 s.

²⁶ Voena G.P., *Difesa*, cit., p. 12 s.

²⁷ Nel senso che la necessità di assicurare un più ampio riconoscimento ai diritti individuali nel procedimento penale ha determinato nella procedura penale dell'Europa continentale il progressivo abbandono dei modelli cosiddetti "di tipo misto" – nel cui novero andava ricompreso il previgente c.p.p. 1930 – e la loro sostituzione con modelli di tipo prevalentemente accusatorio, ad imitazione di quelli di *common law*, v. Orlandi R., *Giustizia penale e ruolo dello Stato: un rapporto in crisi*, in *il Mulino*, 2002, p. 867 s.

²⁸ Cordero F., *Riti e sapienza*, cit., p. 363.

²⁹ Per un riferimento al nucleo intangibile delle garanzie individuali all'interno del processo penale cfr. Grevi V., *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale*, in *Alla ricerca di un processo penale "giusto"*, Milano, 2000, p. 19.

³⁰ Corte cost. 10/10/1979, n. 125, in *Giur. cost.*, 1979, p. 852 ss.; nonché Corte cost.

Conseguentemente, l'imputato deve essere assistito comunque da un difensore e, nel caso in cui rinunci a scegliere un avvocato di propria fiducia, gliene sarà nominato uno *ex officio*.

Le fonti internazionali (art. 6, § 3, C.e.d.u. e art. 14, § 3, lett. d, P.i.d.c.p.) trattano in maniera esplicita dell'assistenza difensiva delle persone nei cui confronti si svolge il procedimento penale, così rimarcando che in ambito penale il principale titolare del diritto di difendersi e di farsi assistere dal difensore è proprio l'accusato³¹.

Lo statuto della difesa nel nostro ordinamento non può prescindere dalla fisionomia da essa assunta nel sistema U.E. e in quello C.e.d.u., poiché il giudice, da un lato, è tenuto ad assicurare il rispetto dei vincoli derivanti dall'Unione Europea per la piena realizzazione in questo ambito dell'area di libertà sicurezza e giustizia³²; dall'altro, deve interpretare le norme di procedura penale in maniera tale da salvaguardare il rispetto dei diritti fondamentali consacrati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo,

22/12/1980, n. 188, *ivi*, 1980, p. 1612 ss. Com'è noto, tali decisioni intervennero negli anni del terrorismo, quando alcuni imputati facenti capo a organizzazioni eversive rifiutavano l'assistenza del difensore di ufficio e facevano valere tale istanza anche con la violenza, assassinando chi era preposto a garantire tale istituto. Il presidente del Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Torino, avv. Fulvio Croce, venne ucciso in quanto rappresentava, per così dire, la difesa d'ufficio, vale a dire l'adempimento dell'obbligo di assicurare sempre e comunque l'esercizio del diritto di difesa tecnica, alla stregua di quanto disciplinato nell'art. 130 c.p.p. abr.: al riguardo Lozzi G., *Il ruolo di garanzia dell'avvocato nel processo*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3629; Voena G.P., *Difesa*, cit., p. 4 s. In argomento si rinvia a Grevi V. (a cura di), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Bologna, 1977; Chiavario M., *Autodifesa: questione aperta. Per una risposta civile*, Pisa, 1979; Cristiani A., voce *Difensore (dir. proc. pen.)*, in *Noviss. Dig. it.*, App. V, Torino, 1981, p. 1087. V. anche Corte cost. 18/12/1997, n. 421, in *Giur. cost.*, 1997, p. 3806 ss.; Corte cost. 08/06/2001, n. 182, *ivi*, 2001, p. 1417 ss. Ad ogni modo, è risalente l'idea che sia essenziale alla difesa la sua irrinunciabilità: Carrara F., *Del giudizio criminale*, in *Programma del corso di diritto criminale (1859-1870)*, Bologna, ristampa 2004, a cura di Nobili M., p. 233.

³¹ Chiavario M., *Appunti sul processo penale* (raccolti da Giors B. e Quattrocchio S.), Torino, 2000, p. 222.

³² Sull'obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, v., per tutti, Tesauro G., *Diritto dell'Unione europea*, 7^a ed., Padova, 2012, p. 183 ss. In argomento v. anche Lavarini B., *Violazioni giudiziarie del diritto dell'UE e responsabilità dello Stato: un perentorio monito della Corte di Giustizia*, in *Leg. pen.*, 2012, p. 105 ss.; Scoditti E., *Rinvio pregiudiziale e violazione manifesta del diritto dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 2012, III, p. 371 ss. Sugli aspetti problematici dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea in materia penale v. Sotis C., *La "mossa del cavallo". La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 498 ss.; Manes V., *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 105 ss. V. anche Siracusa L., *Il transito del diritto penale di fonte europea dalla «vecchia» alla «nuova» Unione post Lisbona. Considerazioni a partire dalla nuova direttiva in materia di inquinamento cagionato da navi*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2010, p. 789 ss.

per come risultano interpretati nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo³³.

Con riguardo al sistema U.E., la natura di diritto fondamentale della difesa rende quest'ultima, di per sé, materia di grande rilievo anche nell'ambito dell'Unione europea, posto che i diritti fondamentali rappresentano parte considerevole dei principi generali del diritto dell'Unione e trovano esplicita consacrazione nella Carta di Nizza, il cui art. 47, §§ 2 e 3 sancisce il diritto all'assistenza difensiva e al patrocinio gratuito a favore di ogni parte processuale e non soltanto dell'accusato. Peraltro, la promozione del riavvicinamento delle legislazioni nazionali, funzionale a facilitare il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie e la cooperazione giudiziaria e di polizia in ambito europeo, ha comportato il varo di norme minime comuni che riguardano, tra l'altro, proprio l'attività difensiva, nel quadro di quanto stabilito dall'art. 82 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione³⁴.

Più articolato il discorso da compiere con riguardo al sistema C.e.d.u. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, assume particolare pregnanza nella materia della responsabilità da reato degli enti, perché rafforza l'opzione favorevole all'estensione nel procedimento penale nei confronti degli enti delle tradizionali garanzie della procedura

³³ Amodio E., *Le fonti della procedura penale europea*, in Corso P.-Zanetti E. (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza, 2011, p. 3 ss.; Ruggieri F., *Di un «processo penale europeo» ovvero di una «civitas magna» in costruzione*, *ibidem*, p. 529 ss.; Kostoris R.E., *I diritti fondamentali*, in Kostoris R.E. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014, p. 63 ss.; Barbera A., *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in Bilancia P.-De Marco E. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti. Momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, p. 89 ss.; Zagrebelsky V., *I giudici nazionali, la Convenzione e la Corte europea dei diritti umani*, *ibidem*, p. 99 ss.; De Marco E., *La tutela «multilivello» dei diritti, tra enunciazioni normative e gaurentigie costituzionali*, *ibidem*, p. 127 ss. V. anche Selvaggi E., *Ne bis in idem e sentenza contumaciale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1284; Ruggieri A., *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazione nella prospettiva di un'Europa unita*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 890; Tonini P., *Processo penale e norme internazionali: la Consulta delinea il quadro d'insieme*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 419; Selvaggi E., *Interpretare le norme interne in modo che non contrastino con la C.e.d.u.*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3300; Ubertis G., *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra C.e.d.u. e Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2494 ss.; Aimonetto M.G., *Condanna «europea» e soluzioni interne al sistema processuale penale: alcune riflessioni e spunti de iure condendo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1511 ss.; Aprile E., *I meccanismi di adeguamento del sistema penale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in Manes V.-Zagrebelsky V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 509 ss.; Gaeta P., *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U. La ricombinazione genica del processo penale*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 73 ss.

³⁴ Si veda al riguardo la Dir. 2013/48/UE sul diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e sul diritto di comunicare al momento dell'arresto, nella quale risultano dettati i principi regolatori della materia.

penale³⁵. Sulla base del consolidato orientamento dei giudici di Strasburgo, il *nomen juris* stabilito dal legislatore interno non è dirimente al fine di stabilire l'applicabilità o meno delle garanzie del *fair trial* sancite nell'art. 6 C.e.d.u.³⁶, perché l'effettività dei diritti salvaguardati dalla Convenzione legittima la Corte di Strasburgo a non essere vincolata dalle qualifiche eventualmente codificate negli ordinamenti interni. Ciò che conta è solo la natura afflittiva o meno degli esiti della procedura giudiziaria presa in esame³⁷, dalla quale dipende l'estensione delle garanzie del *fair trial* anche ai procedimenti amministrativi sanzionatori³⁸.

Sicché, stante la pacifica natura afflittiva delle sanzioni applicabili a seguito del procedimento che accerti la responsabilità da reato degli enti, nella prospettiva della Corte di Strasburgo le garanzie del processo penale riconosciute alla persona fisica devono essere applicate anche nei confronti del soggetto collettivo, nonostante la qualifica come "amministrativa" della responsabilità³⁹.

Pertanto, anche l'ente sottoposto a procedimento penale ha diritto a che la fondatezza dell'accusa elevata nei suoi confronti sia esaminata "equamente" e ciò implica che nessuna considerazione di interesse pubblico, nemmeno l'esigenza di contrastare forme di criminalità particolarmente

³⁵ Lattanzi G., *Intervento*, in *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Atti del convegno, Firenze, 15-16/03/2002, Padova, 2003, p. 291, secondo il quale «garanzie fondamentali come quelle della Convenzione europea dei diritti dell'uomo si applicano comunque perché si riferiscono ai meccanismi punitivi, indipendentemente dalla qualificazione che ne viene data dal legislatore».

³⁶ Nel senso che la nozione di "materia penale" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo appartiene alle "nozioni autonome" elaborate dalla Corte ai soli fini dell'applicazione della Convenzione si veda Zagrebelsky V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in Manes V.-Zagrebelsky V. (a cura di), *La Convenzione europea*, cit., p. 75 ss. Più in generale v. Ubertis G., *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 21 ss.

³⁷ Mazzacuva F., *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in Manes V.-Zagrebelsky V. (a cura di), *La Convenzione europea*, cit., p. 413 ss.; Zagrebelsky V., *La Convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in *Cass. pen.*, 2003, Suppl. al n. 6, p. 31 ss.

³⁸ Sull'applicabilità dell'art. 6 C.e.d.u. ai procedimenti amministrativi sanzionatori v. Vervaele J.A.E., *Sviluppo storico del diritto penale speciale e del diritto economico e finanziario*, (traduzione a cura di Pavanello E.), in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, p. 550. V. anche Travi A., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2323 ss.; Allena M., *L'art. 6 C.e.d.u. come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 272 ss.

³⁹ Paliero C.E., *Bowling a Columbine: la Cassazione bersaglia i basic principles della corporate liability*, in *Società*, 2011, p. 1084. Conformemente Varraso G., *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, p. 20 ss.

efferate, può giustificare misure che riducano i diritti difensivi fino ad estinguerli⁴⁰. Questo perché il diritto alla difesa – per il quale l'art. 6, § 3, lett. b), C.e.d.u. offre un elenco di garanzie non esaustivo – è stato introdotto in primo luogo per stabilire nella misura del possibile la parità delle armi tra accusa e accusato⁴¹. Peraltro, l'equità della procedura postula la pariteticità di posizioni fra le parti assicurata dal contraddittorio⁴²; e quest'ultimo presuppone il riconoscimento di tipiche prerogative della difesa tecnica⁴³.

3. Diritto di difesa e struttura del procedimento penale a carico dell'ente

Quanto riferito nel paragrafo precedente in relazione ai profili generali della difesa nel procedimento penale rappresenta il paradigma alla cui stregua verificare, non solo, l'effettività del diritto di difesa dell'ente, ma anche la sua tenuta in una prospettiva costituzionale e sovranazionale. Sul presupposto che contenuti ed effettività della difesa mutano a seconda di quale sia la struttura processuale⁴⁴, occorre appurare se la struttura del procedimento penale nei confronti degli enti abbia una fisionomia tale da assicurare effettività alle prerogative difensive oppure no. Il quesito non è di poco conto, se solo si considera che scegliere il procedimento penale quale sede dell'accertamento della responsabilità da reato degli enti è stata un'opzione motivata proprio dall'esigenza di salvaguardare il più alto grado possibile di garanzie difensive all'ente⁴⁵.

Ebbene, la risposta più appropriata da dare pare essere quella positiva per due ordini di ragioni. Innanzitutto, perché il legislatore ha espressamente stabilito che all'ente devono applicarsi le medesime garanzie processuali previste per la persona sottoposta alle indagini o imputata (art. 35). Indipendentemente da quale sia la natura della responsabilità dell'ente, infatti, è incontestabile che il sistema della responsabilità da reato degli

⁴⁰ CEDU, Bannikova c. Russia, 04/11/2010, § 33; CEDU, Bykov c. Russia, 10/03/2009, § 93.

⁴¹ Chenal R.-Tamietti A., *Art. 6*, in Bartole S.-De Sena P.-Zagrebel'sky V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 232.

⁴² Balsamo A., *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in Kostoris R.E. (a cura di), *Manuale*, cit., p. 97.

⁴³ Si rinvia, volendo, a Di Bitonto M.L., *Il difensore*, in Spangher G.-Marandola A.-Garuti G.-Kalb L. (a cura di), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, vol. I, Torino, 2015, p. 404 ss. Quanto alla giurisprudenza v. CEDU, Zhuc c. Ucraina, 21/10/2010, § 25; CEDU, Hermida Paz c. Spagna, 28/01/2003; CEDU, J.J. c. Paesi Bassi, 27/03/1998, § 43; CEDU, Maftah a al. Francia C., 26/07/2002, §§ 49-52; CEDU, Ocalan c. Turchia, 12/05/2005, § 140.

⁴⁴ Ferrua P., *Difesa*, cit., p. 466.

⁴⁵ V. in tal senso Relazione Ministeriale al D.Lgs. 08/06/2001, n. 231, Sez. III, § 15.